

Anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling

Kandidatnummer: 672

Leveringsfrist: 30.04.2009

Til sammen 15 883 ord

27.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Videre gang i avhandlingen	2
1.3	Kilder	2
<u>2</u>	<u>GJELDENE NORSK RETT</u>	<u>3</u>
2.1	Innledning	3
2.2	Konkurs i utlandet	4
2.3	Konkurs i Norge	5
<u>3</u>	<u>EU-RÅDETS FORORDNING OM INSOLVENSBEHANDLING</u>	<u>5</u>
3.1	Innledning	5
3.2	Artikkel 16	6
3.2.1	Innledning	6
3.2.2	Utgangspunkt	7
3.2.3	”Rettslig status”	14
3.2.4	Sekundær insolvensbehandling	15
3.3	Artikkel 17	16
3.3.1	Innledning	16
3.3.2	Utgangspunktet etter artikkel 17 nr. 1	16
3.3.3	Hindringsvirkning	18
3.3.4	Beslagsvirkning	18
3.3.5	Anerkjennelse av territorialbehandlinger	19

3.4	Artikkel 21	20
3.5	Artikkel 24	21
3.6	Artikkel 26	22
4	<u>DEN NORDISKE KONKURSKONVENSJON</u>	24
4.1	Innledning	24
4.2	Anerkjennelsesregler ved konkurs i Norden	25
4.3	Anerkjennelsesregler ved konkurs utenfor Norden	26
5	<u>UNCITRAL MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY</u>	27
5.1	Innledning	27
5.2	Vilkår for anerkjennelse	28
5.2.1	Artikkel 15	28
5.2.2	Artikkel 16	30
5.2.3	Artikkel 17	32
5.2.4	Artikkel 19	34
5.3	Virkninger av anerkjennelse	36
5.3.1	Artikkel 20	36
5.3.2	Artikkel 21	40
5.3.3	Artikkel 25 til 27	43
6	<u>SAMMENLIGNING MELLOM EU-FORORDNINGEN, DEN NORDISKE KONKURSKONVENSJON OG UNCITRAL MODELLOV</u>	45
6.1	Innledning	45
6.2	Vilkår for anerkjennelse	45
6.2.1	EU – rådets forordning om insolvensbehandling	45
6.2.2	Den nordiske konkursskonvensjon	46

6.2.3	UNCITRAL Model Law on Cross – Border Insolvency	47
6.3	Virkninger av anerkjennelse	47
6.3.1	EU – rådets forordning om insolvensbehandling	47
6.3.2	Den nordiske konkurskonvensjon	48
6.3.3	UNCITRAL Model Law on Cross – Border Insolvency	49
<u>7</u>	<u>FORDELER OG ULEMPER FOR NORSK RETT Å GÅ OVER TIL UNCITRAL ELLER EU – FORORDNINGEN</u>	<u>51</u>
7.1	Innledning	51
7.2	Fordelingen av skyldnerens eiendeler	52
7.3	Lokale insolvensbehandlinger eller anerkjennelse av åpningslandets insolvensbehandling	53
7.4	Konklusjon	54
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>
<u>9</u>	<u>ØVRIGE HENVISNINGER</u>	<u>A</u>
	Lover	A
	Rettspraksis	A

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Selskaper strekker seg ofte over nasjonale grenser. Norske selskaper har eiendeler i utlandet, og utenlandske selskaper har eiendeler i Norge. Når slike internasjonale selskaper blir begjært insolvent, er et meget viktig spørsmål hvordan slike insolvensbehandlinger blir anerkjent i andre land. Formålet med avhandlingen er å undersøke reglene om anerkjennelse. I Norge gjelder insolvensbehandling både konkurs og gjeldsforhandling. Gjeldsforhandling er lite praktisert, da det ofte er en mer kostbar prosedyre enn konkurs. I det tilfelle norske selskapers gjeldsforhandling ville blitt anerkjent i utlandet, ville det ikke oppstå særlige problemer. I utlandet er gjeldsforhandling en vanlig form for insolvensbehandling. Det kan derimot tenkes at det kan oppstå problemer dersom Norge var forpliktet til å anerkjenne utenlandske gjeldsforhandlinger, i og med at norske forhold ikke er lagt til rette for store gjeldsforhandlinger. Selv om dette er et interessant tema, vil oppgaven ikke komme nærmere inn på problemstillingen. Oppgaven vil kun behandle konkurs, i og med at dette er den vanligste formen for insolvensbehandling i Norge.

Det kan tenkes 3 ulike former for insolvensbehandling:¹

- 1) Anerkjenne insolvensbehandlingen til det fulle, og la lokale eiendeler omfattes av det utenlandske boet. Dette er universalitetsprinsippet.
- 2) Åpne en lokal insolvensbehandling etter lokale regler og la de lokale eiendelene inngå i denne. Dette er territorialprinsippet.
- 3) Avvise enhver form for anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling, og samtidig hindre at det åpnes lokal insolvensbehandling.

¹ Bang-Pedersen side 342

Det generelle utgangspunkt i norsk rett er løsning 3). Et unntak følger av den nordiske konkurskonvensjon mellom Danmark, Sverige, Island, og Norge. Konvensjonen regulerer de tilfeller der et selskap i et av konvensjonslandene går konkurs, og innebærer at de andre nordiske landene er forpliktet til å anerkjenne den utenlandske insolvensbehandlingen. Tilsvarende har EU en forordning (EU-rådets forordning nr 1346/2000 om insolvensbehandling) som omhandler konkurs mellom selskaper i EU-landene. FN har gjennom UNCITRAL laget en modellov (UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency) om blant annet anerkjennelse. Den er noe forskjellig fra EU-forordningen og vil dermed innebære at man får forskjellige prosesser ut fra hvilke regelsett man følger.

Oppgaven vil bli skrevet i henhold til norsk rett, nordisk rett, EU-konvensjonen og UNCITRAL.

Norsk utenlandske foretak (NUF) vil ikke bli behandlet.

1.2 Videre gang i avhandlingen

Avhandlingen behandler først gjeldende norsk rett når det gjelder anerkjennelse av internasjonal konkurs. Deretter behandles EU-rådets forordning om insolvensbehandling, den nordiske konkurskonvensjon og UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. Det vil deretter foretas en sammenligning av disse utenlandske regler i avhandlingens kapittel 5. Kapittel 6 er en de lege ferenda del der det vil vurderes hvilke fordeler og ulemper det er for norsk rett å gå over til anerkjennelsesregler lik de i EU-forordningen eller de i UNCITRAL modelloven.

1.3 Kilder

De sentrale kildene når man skal fastlegge innholdet i anerkjennelsesreglene er bestemmelsene selv og de øvrige regler som spesifiserer anerkjennelsen. Forarbeidene til lovene er grundige og omfattende, og er således en viktig rettskildefaktor. Forarbeidene til EU – forordningen er gitt av Virgos og Schmit gjennom en rapport til Europarådet.

UNCITRALs forarbeider til modelloven er kommet til uttrykk i lovens Guide to Enactment.

Det eksisterer ikke mye rettspraksis vedrørende anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling. Juridisk teori er derfor blitt stående som en viktig rettskilde. Det som er utarbeidet bygger på forarbeidene, og stiller seg ikke vesentlig i opposisjon mot disse. På EU – forordningens side er det særlig Ian F. Schmit, Virgos og Garcimartin som fremstår som de mest sentrale teoretikere. I tillegg har både Bogdan, Mellqvist og Bang – Pedersen gjennom sine teorier kommet med ytterligere teoretiske tankeganger, også i forhold til den nordiske insolvensbehandlingen. Teoretikerne bygger sin argumentasjon på forarbeidene, som fremstår som gjeldende rett. Det foreligger bred enighet om anerkjennelsesreglene av samtlige teoretikere. Mangel på rettspraksis tyder også på dette.

2 Gjeldende norsk rett

2.1 Innledning

Norge har ingen lovregulering av spørsmålet om anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling og om utenlandsk anerkjennelse av norsk konkurs. I NOU 1972:20 tok utvalget opp temaet og gav en uttalelse om hvordan rettstilstanden må antas å være. Det foreligger ikke noe særlig rettspraksis på dette området. Utvalgets standpunkt har derfor blitt stående som en autoritativ redegjørelse for norsk rett på dette området. Fremstillingen i det følgende bygger på at Norge er en del av den nordiske konkursskonvensjon. Denne konvensjonen har medført at tingrettens internasjonale kompetanse har blitt begrenset til de tilfeller der det er åpnet insolvensbehandlinger i de nordiske landene som er basert på debtors bopel eller sete. Norge er derfor forpliktet til å anerkjenne insolvensbehandling åpnet i de nordiske landene.

2.2 Konkurs i utlandet

Dersom en insolvent skyldner i utlandet har eiendeler i Norge, vil spørsmålene om eiendelene omfattes av det utenlandske boet være viktig. Hovedregelen i norsk rett er at det må foreligge en avtale mellom Norge og konkursåpningslandet dersom eiendeler i Norge skal omfattes av et utenlandsk bo. Dette følger av konkursloven § 161. Etter denne bestemmelsen kan det avtales at konkurs skal ha direkte virkning i den annen stat. Samtidig vil man kunne avtale hindringsvirkning, altså at man hindrer åpning av insolvensbehandling i den annen stat. Man kan også avtale hvilket lands rettsregler som skal regulere behandlingen og eventuelle spørsmål som oppstår under bobehandlingen.

Dersom en avtale om anerkjennelse ikke eksisterer, vil utgangspunktet være at Norge ikke anerkjenner en utenlandsk insolvensbehandling.² Dette innebærer at utenlandske selskaper som har eiendeler i Norge, ved insolvensbehandling, ikke vil få tak i de eiendeler som ligger i dette landet. Det utenlandske boet vil ikke få anerkjennelse for sin insolvensbehandling, og eiendelene som er lokalisert i Norge, vil ikke kunne omfattes av det utenlandske boet. For at eiendelene i Norge skal kunne tjene til dekning i en utenlandsk insolvensbehandling, kan boet opptre som en enkeltforfølgende kreditor.

I tingretten har det blitt praktisert noe som kalles ”underkonkurs”. Det innebærer at det har kommet inn en begjæring fra boet i konkurslandet om at retten skal beslaglegge debtors eiendeler og gjøre de disponible for åpningslandet. Denne ordningen er i følge NOU 1972:20 kritisert av Brækhus og Hagerup på bakgrunn av at det ikke foreligger noe Høyesterett prejudikat eller mye praksis på området.³ Man forholder seg derfor til enkeltforfølgende kreditor. Dersom slik ”underkonkurs” skulle bli anerkjent, ville det innebære at man beveger seg innenfor et rettsområde som er uklart. Det eksisterer ikke regler om dette i norsk konkursrett. Det vil derfor være mengder av spørsmål som må behandles og bli besvart.

² NOU 1972:20 side 244

³ NOU 1972:20 side 243

2.3 Konkurs i Norge

Dersom norske selskapers eiendeler i utlandet skal omfattes av et norsk bo, må det foreligge en hjemmel for dette i det land der eiendelene befinner seg. Hovedregelen er at det er rettsystemet i det land der eiendelene befinner seg som regulerer spørsmålet om anerkjennelse av en norsk konkurs. Dersom slik anerkjennelse innvilges, vil man kunne utøve de handlinger man ønsker, med de begrensninger lokal lovgivning gir. Oftest vil en hjemmel være basert på en konvensjon som ligger til grunn, jf. konkursloven § 161, men dette er ikke prinsipielt nødvendig. Den nordiske konkurskonvensjonen regulerer dette spørsmålet for Norges del. Dette er behandlet nærmere i punkt 4.2. Eksisterer det ingen slik hjemmel, vil eiendelene ikke omfattes av det norske boet. Konkursboet kan da i noen tilfeller melde seg som en kreditor med et enkeltforfølgende krav.

I og med at det ikke eksisterer nevneverdig rettspraksis omhandlende anerkjennelse av konkurs i Norge, tyder det på at det norske regelverket fungerer som det skal, og at det ikke eksisterer store tolkningsproblemer.

3 EU-rådets forordning om insolvensbehandling

3.1 Innledning

EU – rådets forordning om insolvensbehandling behandler anerkjennelse i artiklene 16 til 26. Betydningen av disse reglene kan ikke overdrives i følge Ian F. Fletcher.⁴ De er bygget på prinsippene om gjensidighet, effektivitet og presumsjonen om at en utenlandsk dom er gyldig.

⁴ Fletcher side 421

Anerkjennelse skal skje automatisk og ikke hindres av nasjonalrettslige ulikheter. Det stilles ikke krav til at anerkjennelse er betinget av en søknad eller at en domstol har tatt en endelig beslutning. Anerkjennelse skal skje automatisk når det er tatt en beslutning om å åpne, gjennomføre eller avslutte en insolvensbehandling. Anerkjennelse er likevel betinget av at det dreier seg om en behandling som er nevnt i forordningens bilag A, og at den behandling i bilag A er utført av en person som har den stilling som er nevnt i forordningens bilag C.

Forordningens bestemmelser om anerkjennelse finner man som nevnt i artiklene 16 til 26. På grunn av oppgavens omfang og artiklenes generelle betydning om begrepet anerkjennelse, vil jeg kun behandle de mest sentrale bestemmelsene. Dette innebærer at jeg drøfter hovedreglene om anerkjennelse som man finner i artikkel 16 og 17, samt artikkel 21, 24 og unntaket i artikkel 26 om ”ordre public”. Teorien har også behandlet disse artikler med størst omfang med tanke på anerkjennelse.

3.2 Artikkel 16

3.2.1 Innledning

Artikkel 16 består av to sentrale bestemmelser vedrørende anerkjennelse. Den første omhandler utgangspunktet og hovedregelen ved anerkjennelse. Den andre er hovedregelen om sekundær insolvensbehandling.

Ordlyden er som følger:

1. Enhver afgørelse om indledning af insolvensbehandling, der træffes af en ret i en medlemsstat, som har kompetence i henhold til artikel 3, anerkendes i alle de øvrige medlemsstater, så snart den får virkning i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen er indledt.
Dette gælder også, hvis skyldneren på grund af sin status ikke kan gøres til genstand for insolvensbehandling i andre medlemsstater.

2. Anerkendelsen af en insolvensbehandling, der er indledt i henhold til artikel 3, stk. 1, er ikke til hinder for, at en anden medlemsstats ret, som har kompetence i henhold til artikel 3, stk. 2, indleder en anden insolvensbehandling. Denne insolvensbehandling er en sekundær insolvensbehandling i henhold til kapitel III

3.2.2 Utgangspunkt

A) Hovedregelen

Artikkel 16 omhandler hovedregelen ved anerkjennelse. Artikkelenes første ledd fremstiller utgangspunktet som er obligatorisk anerkjennelse ved åpning av hovedinsolvensbehandling eller ved territoriell insolvensbehandling. Artikkelen får anvendelse både på selvstendige og sekundære behandlinger. En territoriell begrenset anerkjennelse får man når det befinner seg eiendeler i det land der den sekundære behandlingen pågår.

Artikkelen bygger på regelen i artikkel 3 som omhandler hvor åpning av insolvensbehandling skal finne sted. I følge artikkel 3 skal insolvensbehandling åpnes i det medlemsland der debitor har sitt hovedforretningssted. Med hovedforretningssted menes det sted der debitor vanligvis foretar de administrative oppgaver. Formålet bak dette er å samle alle eiendeler og alle kreditorer, uansett hvor de befinner seg. Det innebærer også at det er den nasjonale rett ved debtors hovedforretningssted som får anvendelse ved insolvensbehandling, altså *lex fori concursus*.

Artikkel 3 annet ledd regulerer de territoriale insolvensbehandlinger. Kort sagt innebærer den at territoriale insolvensbehandlinger kan åpnes der debitor har en forretning som er omfattet av artikkel 2 h). Av denne defineres hvilke forutsetninger som må være oppfylt for at det skal være snakk om en forretning. Skyldneren må ha et foretningssted som driver økonomisk virksomhet. Denne virksomheten må ikke være tilfeldig. I tillegg er det krav om personelle og materielle ressurser i virksomheten. Enhver forretning som omfattes av denne definisjonen kan det åpnes territoriale insolvensbehandlinger i.

Et problem artikkel 3 ikke tar stilling til er dersom debtors hovedforretning ligger i et land som ikke er omfattet av forordningen. Dersom hovedsetet er i et land utenfor EU, kan ikke et medlemsland åpne insolvensbehandling basert på forordningen. Loven presiserer ikke hvorvidt det må være en hovedbehandling, en sekundær behandling eller en behandling som ikke omfattes av forordningen. Det forutsettes derfor i artikkel 3 at hovedsete er i et medlemsland.⁵ Dette får betydning for anerkjennelse når hovedbehandling og sekundære territoriale behandlinger blir åpnet. Sekundære behandlinger reguleres i artikkel 16 2 og omtales under punkt 3.2.4.

For at artikkel 16 skal få anvendelse, er det som nevnt noen vilkår som må være oppfylt. Det første vilkår for at artikkel 16 får anvendelse, er at det dreier seg om behandlinger nevnt i forordningens bilag A. I følge Ian F. Fletcher burde det vært nevnt spesielt i artikkelen.⁶ I Norge ville det vært gjeldsforhandling og konkurs som var de behandlinger som ble omfattet.

Det andre vilkår er at insolvensbehandlingen er foretatt av en person som er nevnt i forordningens bilag C. Dette er en utenlandsk representant, eller en kurator. En slik regel gis for å sikre at behandlingens administrasjon er underlagt gyldig kompetanse. Man hindrer dermed at det oppstår vanskeligheter basert på vedkommende som står for behandlingen. I Norge ville det vært en bobestyrer som hadde denne rollen.

Det tredje vilkår for anerkjennelse er at det er snakk om en beslutning om å åpne insolvensbehandling. Det stilles noe usikkerhet til begrepet ”beslutning”. Det vil derfor bli omtalt nærmere nedenfor under punkt 3.2.2 B).

⁵ Bogdan side 176

⁶ Fletcher side 421

Det foretas ingen bestemt fremgangsmåte for å kontrollere at konvensjonenes vilkår er oppfylt. Bekreftelse på dette gjøres av myndighetene i det land der anerkjennelse får betydning. De legger den nasjonale rett til grunn, og kontrollerer om beslutninger som er tatt er en del av en juridisk prosess som har betydning for objektet. I tillegg kontrolleres det om beslutningen blir behandlet i flere rettssystemer.⁷

Det kan oppstå tvil dersom en behandling skal effektiviseres og ha de samme virkninger som en insolvensbehandling. Dersom det går for raskt kan man misforstå og feilaktig anta at det dreier seg om en insolvensbehandling, når det i virkeligheten ikke er det. Dersom det ved en feil blir foretatt behandlinger som ligger utenfor konvensjonenes anvendelsesområde, vil behandlingen ikke bli anerkjent, og den vil ikke hindre anerkjennelse av behandlinger som er omfattet av konvensjonen. Dette gjelder uavhengig av det tidspunkt de ble åpnet på.⁸

B) Beslutning om å åpne insolvensbehandling

Det tredje vilkår for anerkjennelse er som nevnt at det foreligger en beslutning om å åpne insolvensbehandling. Artikkel 16. 1. anvender uttrykket ”afgørelse om indledning af insolvensbehandling” og er noe uklart. Det må derfor defineres nærmere.

Begrepet ”afgørelse” er definert i artikkel 2. e). Definisjonen refererer til en åpning av insolvensbehandling, eller oppnevning av en kurator. Definisjonen er noe uklar, men det refereres til en beslutning tatt av en kompetent rett til å åpne slike behandlinger eller til å oppnevne en kurator. Med ”kompetent rett” menes den person som har kompetanse til å gjennomføre disse handlinger i et medlemsland.

⁷ Virgos og Garcimartin side 186 flg.

⁸ Virgos og Schmit side 92 flg. og Fletcher side 421 flg.

EU-domstolen gav den 2. mai 2006 dom i sak C – 341/04 Eurofood mot Bank of America. Sakens bakgrunn ble fremlagt av Generaladvokat F. G. Jacobs i hans *Forslag til avgjørelse*.⁹ Saken omhandlet det irske selskapet Eurofood som var et datterselskap av det italienske konsernet Parmalat. Eurofoods oppgave var å sørge for finansierings fasiliteter for selskaper i Parmalat konsernet. Den 29. september 1998 utførte Eurofood 3 transaksjoner, der Parmalat heftet for 2 av disse. Til sammen medførte dette en gjeld på 122 millioner USD som Eurofood ikke var i stand til å innfri. Parmalat var i en finansiell krise, som endte med at de ble funnet insolvent og den 27. januar 2004 ble de satt under ekstraordinær administrasjon. Da Eurofood var en del av Parmalat konsernet, ble de underlagt samme administrasjon som Parmalat. Eurofood ble funnet insolvent den 20. februar 2004 av retten i Parma, og den italienske retten fastslo samtidig at selskapets hovedsete var i Italia, ikke Irland. Den 27. Januar 2004 begjærte Bank of America innledning av rettslig tvangsløshet og oppnevning av en midlertidig kurator i Irland. På bakgrunn av Bank of Americas begjæring fant den Irske High Court at Eurofoods hovedsete var i England, at den påbegynte insolvensbehandlingen var en hovedbehandling, og at den påståtte hovedinsolvensbehandlingen i Italia var i strid med forordningens 22. betraktning og artikkel 16, samt at den Italienske retten ikke anerkjente at det var åpnet hovedinsolvensbehandling i Irland. Den Italienske kuratoren oppfylte ikke sine informasjonsplikter, og gjorde derfor en rettergangsfeil, som medførte at den irske domstolen etter artikkel 26 avviste anerkjennelse av den italienske insolvensbehandlingen.

Den italienske kuratoren anket High Courts avgjørelse inn til Supreme Court. De tre punkter det var uenighet om var for det første hvor insolvensbehandling først var påbegynt, for det andre hvor Eurofoods center of main interest lå, og for det tredje om retten til rettferdig rettergang ble krenket i så stor grad at den irske retten kunne avvise anerkjennelse av den italienske retts avgjørelse om å åpne

⁹ Sak C – 341/04 *Forslag til avgjørelse*. Avsnitt 24 flg.

hovedinsolvensbehandling. Supreme Court utsatte saken og henvendte seg til EU-domstolen for å få svar på de prinsipale spørsmål. Blant annet var spørsmålene de søkte svar på, hva som skal til for at det kan betegnes som en innledning av en insolvensbehandling og om man har plikt til å anerkjenne en avgjørelse selv om det strider klart mot grunnleggende rettsprinsipper.

Retten kom til at definisjonen ”innledning av insolvensbehandling” bygger på to vilkår og må sees i sammenheng med prinsippet om effektiv behandling av insolvens.

Det første vilkår er at det er tatt en beslutning om å åpne insolvensbehandling. Beslutningen må ha kommet av en begjæring som bygger på skyldnerens insolvens. Dersom dette er tilfelle vil virkningen være at skyldneren mister rådighet over sine eiendeler og at det oppnevnes en kurator jf. bilag C. Domstolen definerer det og ”miste rådighet” over sine eiendeler som at skyldneren ikke lenger kan forvalte sin formue.

Det andre vilkåret for at det skal være snakk om en slik beslutning, er at den beslutning som tas må stemme overens med prinsippet om å forenkle vilkårene for anerkjennelse. Dette hevdes av Virgos og Garcimartin.¹⁰ Dette er begrunnelsen for at det stilles krav til beslutningen. Beslutningen må som nevnt komme fra en autoritet som samsvarer med artikkel 2.d og 3. I tillegg må beslutningen ligge innenfor bilag A, og den må ikke falle under unntaket i artikkel 26 om ”ordre public”.¹¹ Det må også være en gyldig beslutning i det land der den blir foretatt. Det er derimot ikke et krav at beslutningen er endelig.

Domstolen kom til at en avgjørelse om innledning av insolvensbehandling er tatt når følgende punkter er oppfylt: det er kommet en begjæring om tvangsløshet

¹⁰ Virgos og Garcimartin side 188

¹¹ Domstolens behandling av artikkel 26 blir behandlet under punkt 3.6.

av et insolvent selskap, retten utpeker en kurator, kuratoren tar kontroll over selskapets eiendeler, forvalter eiendelene, oppretter en bankkonto og sørger for at selskapets direktører mister rådighet over eiendelene. Eurofood saken ble behandlet i store avdeling som består av 13 dommere. Retten settes med denne sammensetning når det foreligger saker av særlig omfang eller betydning, eller når en part i saken ønsker dette.¹² Dommen vil derfor tillegges stor vekt.

Dersom det stilles tvil til om en beslutning om anerkjennelse av insolvensbehandling var uriktig, blir spørsmålet hva som kan gjøres med dette. I Eurofood - saken uttalte domstolen at anerkjennelse innebærer at øvrige medlemsland ikke kan overprøve en avgjørelse om insolvensbehandling. Dette kommer av prinsippet om gjensidig tillit. Beslutningen som er tatt skal respekteres. I tillegg skal det ikke anvendes nasjonale anerkjennelses- og fyllbyrdsregler. Dersom dette overholdes vil man kunne gjennomføre en effektiv og enkel insolvensbehandling.

I norsk rett kan det ankes over en beslutning om å åpne konkurs. Dette følger av konkursloven § 72 annet ledd. Dog kan det ikke ankes over blant annet sikring, verdifastsetting, forsegling og registrering av skyldnerens eiendeler. Ved avgjørelser om utlevering av midler, kan dette ankes med hjemmel i § 152. Retten kan bestemme at dette skal behandles etter tvistemålslovens regler om anke over kjennelser. Slike regler gjelder, i følge tvistemålsloven kapittel 29, anke til lagmannsretten. Anke over kjennelse kan i følge tvistemålsloven § 29 - 3 bare gjøres på grunnlag av ”feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen eller den saksbehandling som ligger til grunn for avgjørelsen”. Fristen for å anke avgjørelsen om å utlevere midler, er en måned, jf. konkursloven § 153.

¹² Domstolens sammensetning

C) Tidfesting

Et viktig punkt er å fastsette tidfestingen for anerkjennelse. Når kan man si at anerkjennelse skal finne sted. Det følger av artikkel 2. f) at tidspunktet settes til når beslutningen om å innlede insolvensbehandling får virkning. Anerkjennelse er ikke betinget av at det er en avsluttet insolvensbehandling.

Ut i fra lovteksten er det 3 vilkår som må være oppfylt før tidfesting kan settes. Det første er at det er nok at det er tatt en beslutning om å åpne behandling. Dette vilkåret er behandlet over, i punkt B). Det andre er at beslutningen er gyldig. Med dette menes at beslutningen oppfyller alle vilkår for å være en gyldig beslutning og kan ikke anses som ugyldig. Det siste vilkåret er at beslutningen har virkning i åpningslandet. Det må derfor være tatt de nødvendige rettslige skritt som kreves i hjemlandet, for at virkninger skal inntreffe.

Når de 3 vilkårene er oppfylt, settes tidspunktet for anerkjennelse til den dato da beslutningen om å åpne behandling finner sted. Dette innebærer at det er i det øyeblikket en beslutning er tatt som ligger til grunn for tidfestingen, og ikke dagen da retten godkjenner beslutningen.¹³

I Norge vil det innebære det tidspunkt da kjennelse om åpning av konkurs blir avsagt.

Et problem som kan oppstå ved tidfesting, er at det kan bli et rom mellom den tid åpningen blir gyldig til den blir anerkjent. EU-forordningen har eliminert dette problemet ved å vedta denne bestemmelsen. Regelen medfører at det ikke lenger eksisterer en slik mellomtid. Dette innebærer at kreditorer er eliminert fra å gjøre

¹³ Fletcher side 422

tiltak for å bedre sin posisjon på andre kreditorers vegne, og debitor er hindret fra å forandre på hans situasjon.

3.2.3 "Rettslig status"

Obligatorisk anerkjennelse skal gjelde selv om skyldnerens rettslige status tilsier at insolvensbehandling ikke kan åpnes i de andre medlemslandene. Dette følger av artikkel 16 1 annet ledd. Bestemmelsen presiserer hovedregelen i første ledd.

Grunnlaget for å avgjøre skyldnerens rettslige status baseres på *lex fori concursus*. Skyldnerens rettslige status er ikke grunnlag for avvisning av anerkjennelse. Skyldnerens kompetanse eller hans egenskaper som individ skal ikke stå i veien for insolvensbehandlingens anerkjennelse.¹⁴ Insolvensbehandlinger åpnet i ett land basert på landets regler, kan ikke avvises i et annet land på bakgrunn av at dets regler om skyldnerens rettslige status ikke ville ført til insolvensbehandling. I dette tilfelle får ikke unntaket i artikkel 26 om "ordre public", anvendelse. Nærmere om dette unntaket er behandlet under punkt 3.6.

Dette innebærer at skyldnerens status som insolvent ikke kan benyttes som avvisningsgrunnlag. Den selvstendige betydningen av ordet insolvens er ikke nok til å påberope seg unntaket i artikkel 26. Selv om skyldneren i andre land enn konkursåpningslandet ville vært solvent, og det derfor ville vært umulig å innlede slik behandling, er de landene som er bundet av EU-forordningen forpliktet til å anerkjenne den beslutning som er tatt basert på *lex fori concursus*.¹⁵ Man kan tenke seg eksempelet der det i et land ikke er mulig å begjære fysiske personer konkurs. Dersom det åpnes konkursbehandling mot en fysisk person i et annet medlemsland, har det landet der dette

¹⁴ Virgos og Schmit side 93 flg.

¹⁵ Regeringskansliet side 100, Mellqvist side 146 flg., Virgos og Schmit side 94 flg., Fletcher side 422, Virgos og Garcimartin side 190.

ikke er mulig, ikke anledning til å nekte anerkjennelse på dette grunnlag. Tilsvarende vil gjelde ovenfor norsk insolvensbehandling av fysiske personer.

Etter norsk rett må skyldnerens rettslige status være slik at han er insolvent. Dette følger av konkursloven § 60. For å karakteriseres som insolvent etter norsk rett må skyldneren være i den situasjon at han ikke kan oppfylle de forpliktelser han har etter hvert som de forfaller. I tillegg må dette anses som ikke å være forbigående, og skyldnerens eiendeler og inntekter må antas å ikke kunne dekke hans forpliktelser.¹⁶

3.2.4 Sekundær insolvensbehandling

Artikkel 16 2. omhandler sekundær insolvensbehandling. Dette er en presisering av hovedreglen. Anerkjennelse av en hovedbehandling hindrer ikke at en domstol i et annet medlemsland åpner insolvensbehandling der det er mulig. Dette er med de begrensninger som følger av artikkel 3.1 og 3.2.

Virkningen av at det åpnes en sekundær insolvensbehandling vil være at rekkevidden av hovedbehandlingen blir begrenset. Hovedbehandlingens hindringsvirkning vil betraktes som begrenset ved at det innledes en sekundær insolvensbehandling, i og med at en hovedbehandling hindrer at det åpnes andre hovedbehandlinger.¹⁷ Begrepet hindringsvirkning vil bli behandlet nærmere nedenfor under punkt 3.3.3.

For å eliminere eventuelle tvil om en behandling skal gis slik utvidende virkning hevder Bogdan at en domstolsbehandling burde være pliktet til å angi om det dreier seg om en hovedbehandling.¹⁸

¹⁶ Konkursloven § 61

¹⁷ Regeringskansliet side 100 og Mellqvist side 147

¹⁸ Bogdan side 176

3.3 Artikkel 17

3.3.1 Innledning

Artikkel 17 omhandler virkningene av anerkjennelse. Ordlyden er som følger:

1. En avgjørelse om innledning af insolvensbehandling, der træffes af en kompetent ret i henhold til artikel 3, stk. 1, har umiddelbart de samme virkninger i enhver anden medlemsstat, som den har efter lovgivningen i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen er indledt, medmindre andet er fastsat i denne forordning, og så længe en kompetent ret i denne anden medlemsstat ikke indleder en insolvensbehandling i henhold til artikel 3, stk. 2.
2. Virkningerne af en insolvensbehandling, der er indledt af en kompetent ret i henhold til artikel 3, stk. 2, kan ikke anfægtes i andre medlemsstater. Begrænsninger i kreditorernes rettigheder, navnlig henstand eller gældseftergivelse i forbindelse med insolvensbehandlingen, kan med hensyn til formuegenstande, som befinder sig på en anden medlemsstats område, kun gøres gældende over for de kreditorer, der har givet deres samtykke dertil.

3.3.2 Utgangspunktet etter artikkel 17 nr. 1

Hovedbehandling åpnes der debitor har sitt sete eller sitt sentrale forretningssted. En hovedbehandling bygger på prinsippet om universalitet. Dette gjelder både debtors eiendeler og kreditorer. Debtors eiendeler blir samlet under en insolvensbehandling og alle kreditorer blir samlet under en insolvensbehandling. Universalitetsprinsippet skal anerkjennes, og dette kommer klart frem av konvensjonen. Anerkjennelse er obligatorisk og automatisk.

Artikkel 17 nr. 1 oppstiller den generelle regel om at virkningene av at det er tatt en beslutning om å åpne hovedinsolvensbehandling innenfor rammen av artikkel 3 nr. 1. skal ha samme effekt i alle medlemsland, slik det har i landet der beslutningen er tatt. Effekten av en insolvensbehandling bestemmes av åpningslandets lex concursus. Dette følger av at artikkel 17 må ses som en henvisning til artikkel 4. En naturlig språklig forståelse av artikkel 4 innebærer at det er loven i det land der insolvensbehandling åpnes som skal anvendes på selve behandlingen og de virkninger som følger av dette. Det er derfor

åpningslandets lov som regulerer hvilke krav som skal tilfredsstilles før man kan innlede en insolvensbehandling. Det samme gjelder kravene for å gjennomføre og avslutte behandlingen. I tillegg er det åpningslandets lov som regulerer virkningene av slik behandling. Slike virkninger kan for eksempel være kravene til en insolvent skyldner, hvilke eiendeler som omfattes av boet og debtors rådighet over eiendelene.

Dette innebærer for eksempel at en insolvensbehandling åpnet i Sverige etter svensk rett, skal få den virkning svensk rett innebærer, i alle land. Dersom insolvensbehandlingen strekker seg ut over nasjonale grenser, vil den ha utstrålende virkning. Konvensjonens regler om at det rettsystem som åpner en hovedbehandling skal utøve sin rett i de land som berøres av behandlingen, er et klart tegn på konvensjonen ønsker om å gjennomføre universalitetsprinsippet og anerkjennelse.

Artikkel 17 regulerer derfor en utvidelsesmodell når det gjelder anerkjennelse. En utvidelsesmodell innebærer at loven i det land som åpner en hovedbehandling får en utvidende virkning i andre land. Dette begrenses selvfølgelig til medlemslandene. Som nevnt over vil universalitetsprinsippet være styrket av den automatiske og obligatoriske anerkjennelsen, og av utvidelsesmodellen.

En lokal behandling vil ha de samme virkninger som en hovedbehandling. Dette gjelder både de materielle og prosessuelle virkningene. Den materielle rett er bundet av de begrensninger som følger av konvensjonen. De virkninger som følger av en insolvensbehandling vil ikke ha forskjellig styrke i noen land, og mindre i andre. De skal utføres på lik linje med hverandre.

Virkningene av anerkjennelse er på denne bakgrunn delt i to. På den ene siden har man beslagsvirkning, og på den andre hindringsvirkning. Dette blir behandlet nedenfor under punktene 3.3.3 og 3.3.4.

Virkningen av anerkjennelse av insolvensbehandling etter artikkel 17. 1. er begrenset av sekundærbehandlinger. Sekundærbehandling er som nevnt over, en presisering av hovedregelen om anerkjennelse. Samtidig er den et unntak fra hovedbehandlingens hindringsvirkning. En hovedbehandling kan ikke hindre at en sekundær insolvensbehandling blir åpnet. Sekundære behandlinger har også krav på å bli anerkjent på lik linje med en hovedbehandling. Nærmere om sekundær insolvensbehandling ble drøftet under punkt 3.2.4.

Et problem oppstår dersom flere hovedbehandlinger åpnes samtidig. Dette er en situasjon som ikke løses i konvensjonen. Man kan derfor anta at dersom man følger konvensjonens system, så skal ikke slike situasjoner oppstå. For å unngå dette må man derfor ha en åpen og effektiv kunngjøring av insolvensbehandlinger.¹⁹ Offentliggjøring av insolvensbehandlinger reguleres av artikkel 21 og blir behandlet nedenfor under punkt 3.4.

3.3.3 Hindringsvirkning

Artikkel 17 hindrer at det blir åpnet konkurrerende insolvensbehandlinger i andre land. Territorielle insolvensbehandlinger kan ikke åpnes når det pågår en insolvensbehandling i et annet medlemsland. Dette er anerkjennelsens direkte virkning.

Unntak fra regelen om hindringsvirkning er sekundære behandlinger. De kan åpnes selv om det er anerkjent en hovedinsolvensbehandling i et annet medlemsland. Dette innebærer at virkningen om hindring får begrenset betydning.²⁰

3.3.4 Beslagsvirkning

Beslagsvirkning innebærer at insolvensbehandling omfatter skyldnerens eiendeler. Denne virkningen baserer seg på EU-forordningens prinsipp om universalitet. Lokale eiendeler

¹⁹ Mellqvist side 148 flg.

²⁰ Virgos og Schmit side 96

skal omfattes av et utenlandsk bo. Alle aktiva skyldneren har i EU – medlemsland, skal tilhøre boet.

I Norge reguleres beslagsretten av dekningsloven (lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59) kapittel 2. Den består av en rekke unntak, men hovedregelen er at det kan tas beslag i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstidspunktet, og som kan omgjøres i penger.

Beslagsvirkning er en direkte følge av anerkjennelsesprinsippet og vil derfor automatisk inntreffe. Det kreves derfor ikke lokal domstolsbehandling. Landene skal ipso iure, uten formaliteter, anerkjenne insolvensbehandling i et land.²¹

3.3.5 Anerkjennelse av territorialbehandlinger

Territorialbehandling skal anerkjennes. Det følger av artikkel 17. nr 2. Anerkjennelsen begrenser seg til det aktuelle territoriet og er et unntak fra første ledd. Å anerkjenne territorialbehandling innebærer at den lokale behandling er akseptert som en gyldig beslutning med de virkninger som vil komme innenfor territoriet. Lex fori concursus blir her den lokale rett.

Territorialbehandling har ingen utvidende effekt slik en hovedbehandling har, men medfører at hovedbehandlingens beslagsrett begrenses. Hovedbehandlingens utvidelsesmodell blir derfor redusert av en territoriell behandling. Eiendeler som har urettmessig forsvunnet fra territoriet må tilbakeføres. Eiendeler i det land der det åpnes territorialbehandling vil ikke omfattes av hovedbehandling, med unntak av det som omfattes av artikkel 35. Denne type behandling kan ha større eller mindre virkninger enn insolvensbehandlinger åpnet etter hovedåpningslandets lov.²²

²¹ Mellqvist side 147

²² Bogdan side 177, Virgos og Schmit side 98, Virgos og Garcimartin side 193

Artikkel 17 2. gjelder territoriale behandlinger der skyldneren kan gis en autorisasjon til gjeldsnedsettelse. Dette begrenser seg til eiendeler som er innenfor territoriet. Kreditorer som ikke får dekning vil derfor måtte rette sitt krav mot eiendeler som befinner seg i andre land. Kreditorer kan frivillig redusere deres rettigheter i eiendeler i andre land ved å åpne territorial behandling. Kreditorer må personlig godta dette, og det kan ikke antas et kreditorfellesskap på dette spørsmålet. Dog kan retten bestemme denne begrensningen basert på lex concursus. Bestemmelsen må sees i sammenheng med artikkel 34.2 som omhandler hva som kan føre en sekundær insolvensbehandling til opphør.²³

Dersom det oppstår uønskede virkninger, blir spørsmålet om dette kan bli gjenstand for en ny behandling. I følge artikkel 17 kan ikke virkningene av territorialbehandling prøves. Det følger av den anerkjennelse territoriale behandlinger har. Denne regel er særdeles viktig i det tilfelle kuratoren prøver å få tak på eiendeler som hører inn under sekundærbehandlinger, men som har blitt overført uten kuratorens godkjenning etter åpningen av behandlingen.²⁴

3.4 Artikkel 21

Det følger av artikkel 21 at en insolvensbehandling skal offentliggjøres i andre medlemsland. Ordlyden i artikkelen er som følger:

1. Kurator kan kræve, at hovedindholdet af afgørelsen om indledning af insolvensbehandling og i givet fald af afgørelsen om kurators udpegelse bekendtgøres i de andre medlemsstater efter disse medlemsstaters regler om bekendtgørelse. Bekendtgørelsen indeholder desuden nærmere oplysning om, hvem der er udpeget til kurator, og om der foreligger kompetence i henhold til artikel 3, stk. 1, eller artikel 3, stk. 2.
2. En medlemsstat kan dog foreskrive obligatorisk bekendtgørelse, hvis skyldneren har et forretningssted på dens område. I så fald træffer kurator eller enhver anden myndighed, som har beføjelse hertil i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen er indledt i henhold til artikel 3, stk. 1, de nødvendige foranstaltninger til, at bekendtgørelsen finder sted.

²³ Virgos og Schmit side 98 flg., Virgos og Garcimartin side 194

²⁴ Mellqvist side 148, Virgos og Garcimartin side 194

Offentliggjøring skal skje i henhold til de regler som gjelder i det land der insolvensbehandlingen offentliggjøres. I offentliggjøringen skal det angis bakgrunnen for insolvensbehandling og hvem som er kurator. I de land der debitor har en forretningssted er det obligatorisk å informere om insolvensbehandlinger som åpnes. Dette ansvaret ligger på bobestyreren og den offentlige myndighet i åpningslandet. I Norge skal konkursåpning kunngjøres ”uten unødige opphold”.²⁵

Med denne regel unngår man at det foregår insolvensbehandlinger samtidig, og at de omfatter de samme eiendelene.

3.5 Artikkel 24

Artikkel 24 regulerer de tilfeller der en gjeld innfris ovenfor skyldneren. Ordlyden er som følger:

1. En person, som i en medlemsstat opfylder en forpliktelse over for skyldneren i en insolvensbehandling, der er indledt i en anden medlemsstat, selv om han skulle have gjort det over for kurator for denne insolvensbehandling, frigøres, hvis han ikke havde kendskab til, at insolvensbehandlingen var indledt.
2. En person, som har opfyldt en sådan forpliktelse inden bekendtgørelsen i henhold til artikel 21, formodes ikke at have haft kendskab til, at insolvensbehandlingen var indledt, medmindre andet godtgøres; en person, som har foretaget ovennævnte handling, efter at den i artikel 21 omhandlede bekendtgørelse har fundet sted, formodes at have haft kendskab til, at insolvensbehandlingen var indledt, medmindre andet godtgøres.

Gjeld som innfris ovenfor en forvalter, skal anses som befriende betaling dersom den som betalte var i god tro og ikke visste at det var åpnet en insolvensbehandling. Dette gjelder selv om det ble betalt i et annet land enn der behandlingen er åpnet, selv om det egentlig skulle vært betalt i åpningslandet.

²⁵ Konkursloven § 78

Dersom en gjeld er betalt før insolvensbehandlingen ble offentliggjort, skal man anta at betaleren ikke visste at insolvensbehandling var åpnet. Dette gjelder ikke dersom det er bevis for at skyldneren visste at det var åpnet. Artikkel 24 er derfor tosidig.²⁶ På den ene side skal en betaling før offentliggjøring ignoreres, mens på den andre side skal en betaling etter offentliggjøring anses som at debitor visste at behandlingen var åpnet. Bevisbyrden skifter derfor side ved offentliggjøring. Dersom debitor etter offentliggjøring betaler sin gjeld, ligger bevisbyrden på han. Han må bevise at han ikke visste at insolvensbehandlingen var åpnet.

Artikkel 24 kan sammenlignes med den norske konkurslov § 100. Hovedregelen etter første ledd er at skyldneren ikke kan ta imot betaling på boets vegne. Dersom betaleren var i god tro og oppfylte en forpliktelse som hadde en tidsfrist, kan ikke boet anvende hovedregelen. Dette følger av bestemmelsens annet ledd som er unntaket fra hovedregelen. Bevisbyrden ligger på den som påberoper unntaksregelen om god tro. Den norske godtro regelen er derfor ulik regelen i artikkel 24. Konvensjonen skiller mellom tiden før og etter offentliggjøring av insolvensbehandlingen, mens den norske konkursregelen ikke har et slikt skille. Det er kun de to vilkår om god tro og betalingens tidsfrist som må oppfylles. I tillegg skiller artikkel 24 bevisbyrden i det tidspunkt offentliggjøring finner sted. Den norske regel baserer bevisbyrden på den part som påberoper regelen.

3.6 Artikkel 26

Det finnes et prinsipielt viktig unntak fra regelen om automatisk og obligatorisk anerkjennelse. Dette prinsippet reguleres i artikkel 26. Ordlyden er som følger:

En medlemsstat kan nægte at anerkende en insolvensbehandling, der er indledt i en anden medlemsstat, eller at fuldbyrde en afgørelse, der er truffet som led i en sådan insolvensbehandling, hvis anerkendelsen eller fuldbyrdelsen vil få virkninger, som klart strider mod grundlæggende retsprinsipper i denne medlemsstat, herunder navnlig de forfatningssikrede individuelle rettigheder og friheder.

²⁶ Virgos og Schmit side 116 flg.

Dette unntaket kalles ”ordre public” og går ut på at medlemsland kan avvise anerkjennelse dersom virkningene av anerkjennelse er i strid med landets prinsipper. Dette gjelder både nasjonale grunnprinsipper og i forhold til individets rettigheter og friheter, som for eksempel menneskerettigheter. Den uønskede virkningen kan være både materiell og prosessuell. På den materielle side skal man for eksempel hindre diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet og beskytte eiendom. På den prosessuelle side skal debitor og kreditor beskyttes. Dersom man anvender dette unntaket kan virkningene være helt eller delvis avvisning av anerkjennelse.

Generaladvokat F. G. Jacobs uttalte seg om ordre public i forslag til avgjørelse i sak C – 341/04 (Eurofood - saken) 27. september 2005.²⁷ Saken er omtalt over under punkt 3.2.2. I saken kom spørsmålet om ordre public opp på bakgrunn av at den italienske kuratoren ikke utleverte de nødvendige dokumenter til den engelske kuratoren, til tross for gjentakende anmodninger og i strid med instruksene fra den italienske domstol. Dette er således i strid med de grunnleggende rettsprinsipper da retten til rettferdig rettergang og kontradiksjon ikke ble ivarettatt i det en avgjørelse ble tatt på bakgrunn av den italienske kuratorens mangelfulle informasjonsplikt. I henhold til artikkel 26 kan anerkjennelse avvises dersom det er slik at det strider mot grunnleggende prinsipper. Ordre public er en unntaksregel som kun skal benyttes der det er strengt nødvendig. I tillegg må det fremstå som klart at anerkjennelsen strider mot grunnleggende prinsipper. Generaladvokaten drøfter i sitt forslag en dom av 2000, Krombach-dommen, som er behandlet av forfatterne Virgos og Schmit.²⁸ I henhold til denne dommen skal ordre public regelen begrenses til de tilfeller der det dreier seg om forfatningssikrede prinsipper og rettigheter. Det kom også frem av Krombach-dommen at det er domstolens oppgave å undersøke om ordre public regelen er riktig anvendt. Eurofood – sakens endelig resultat støttet Generaladvokatens uttalelser. De kom til at anerkjennelse kan nektes dersom det klart strider mot grunnleggende prinsipper å

²⁷ Sak C – 341/04 *Forslag til avgjørelse*. Avsnitt 127 flg.

²⁸ Sak C – 341/04 *Forslag til avgjørelse*. Avsnitt 136 flg.

gi en rettslig eller administrativ avgjørelse, rettsvirkning for fysiske eller juridiske personer, dersom retten til rettferdig rettergang og kontradiksjon ikke ble ivarettatt.²⁹

4 Den nordiske konkurskonvensjon

4.1 Innledning

Den nordiske konkurskonvensjonen gjelder mellom de nordiske landene og angir hva som skal gjelde dersom det åpnes konkurs i ett av dem. Konvensjonen er en avtale om at konkurs åpnet i et nordisk land, skal anerkjennes i de øvrige nordiske landene.

Konvensjonen innebærer at eiendeler som befinner seg i Norden, skal omfattes av en konkurs som er åpnet i et nordisk land. For Norges del innebærer dette et unntak fra den generelle regel om at Norge ikke anerkjenner utenlandske insolvensbehandlinger.³⁰ For de nordiske landene som er medlemmer av EU, vil det ved insolvensbehandling mellom dem, være EU-forordningen som regulerer prosessen. Den nordiske konkurskonvensjonen blir da satt til side.³¹

For at den nordiske konkurskonvensjon skal fungere optimalt, må man ha visse forutsetninger. Det er viktig med språklig og geografisk nærhet slik at løsninger ikke utsettes på grunnlag av språkproblemer eller geografisk distanse. Lojalitetsbånd og likhet medfører at man har en tillit til hverandre, og at man ønsker å oppnå de samme målene gjennom en lik konkursprosess. Disse forutsetningene må man anta at foreligger innenfor de nordiske landene. Konkurskonvensjonen er derfor en god samarbeidsavtale som vil forenkle konkursprosessen mellom de nordiske landene.

²⁹ Sak C – 341/04 avsnitt 64 flg.

³⁰ Dette er behandlet over i punkt 2.2.

³¹ Mellqvist side 37

Det foreligger få rettsavgjørelser vedrørende den nordiske konkurskonvensjonen. Dette må i følge Bogdan ikke ses på som et tegn på at konvensjonen ikke anvendes, men som et sunnhetstegn.³² Konvensjonen byr ikke på særlige tolkningsproblemer, og fungerer derfor slik den skal.

4.2 Anerkjennelsesregler ved konkurs i Norden

Artikkel 1 i konvensjonen oppstiller den generelle regel om at åpning av konkurs skal anerkjennes i de øvrige nordiske landene. Dette innebærer som nevnt at en konkurs åpnet i et nordisk land skal omfatte eiendeler som befinner seg i de øvrige nordiske landene. Konvensjonen er derfor bygget på et gjensidighetskrav og følger universalitetsprinsippet. For Norges del innebærer dette at utenlandske eiendeler som befinner seg i Norden skal omfattes av et norsk bo, og norske aktiva omfattes av utenlandsk bo i Norden.

Virkningene av at de nordiske landene anerkjenner nordiske konkursåpninger er omhandlet i artikkel 1, annet ledd. Det er konkursåpningslandets rett som reguler virkningene av anerkjennelse, altså *lex fori concursus*. For Norges del vil dette innebære at det er norsk rett som får anvendelse ved en konkursbehandling i Norge. Virkningene som følger av anerkjennelse er blant annet om boets administrasjon, hva som hører til boets masse, omstøtelse, skyldnerens rådighet over sin egen formue, og hans plikter og rettigheter, samt dekningsretten til fordringshavere og andre rettighetshavere. I tillegg regulerer åpningslandet utlodninger, akkord og avslutning av konkursen. *Lex fori concursus* er derfor sterk i konvensjonen. Spørsmål om blant annet fremgangsmåten ved salg av eiendeler, reguleres av den rett i det land der gjenstander er lokalisert. For Norges del har man regler om realisering av boets eiendeler i konkursloven kapittel XIII. Dette er et unntak fra *lex fori concursus*, og innebærer at den nordiske konkurskonvensjonen er tosidig i spørsmålet om hvilket lands rettsregler som får anvendelse.

³² Bogdan side 143

Offentliggjøring av konkursbehandling skal gjøres ”uten opphold”.³³ Boet skal kunngjøre åpning av konkurs i de land der skyldneren har eiendeler. Samtidig skal alle kreditorer underrettes om at det er åpnet konkurs og om alle innsigelser som berører deres krav. Siden anerkjennelse er obligatorisk, er det vesentlig at offentliggjøring skjer umiddelbart slik at verdier ikke går tapt. Eventuelle løsninger vedrørende forsøk på kreditorsvik eller boforringelse er ikke løst i konvensjonen. Det er derfor åpningslandets rett som regulerer behandlingen av eventuell omstøtelse. Norges rettsregler om omstøtelse er behandlet under punkt 5.3.1, der de står i sammenheng med modellovens regler om omstøtelse.

Det kan oppstå spørsmål som ikke løses av konvensjonen. Løsningen på disse må bære preg av en pragmatisk holdning. Dette ble konstatert under konkursrådets konferanse om internasjonal konkurs.³⁴ Man må finne konkrete løsninger som tar høyde for den internasjonale dimensjonen konkurs forespeiler. Ved å ta hensyn til dette vil man oppnå løsninger som praktisk anvendbare, og som løser problemer angående internasjonal konkurs, hurtig. Den tidligere norske praksis som innebar hjelpekonkurs³⁵, er i følge konkursrådet, et eksempel på Norges pragmatiske evne. Det konferansen savnet i anvendelsen av den nordiske konkursskonvensjonen, var evnen til å se verdien av prejudikatsavgjørelser innenfor den internasjonale konkursretten. Mangelen på rettspraksis er et bevis på dette.

4.3 Anerkjennelsesregler ved konkurs utenfor Norden

Ved konkurs utenfor Norden, finnes ikke svar om dette skal anerkjennes i den nordiske konkursskonvensjonen. Det vil derfor bero på om det enkelte nordiske lands rettsystem hjemler anerkjennelse av konkurs utenfor Norden. For de nordiske EU-landene er de bundet til å anerkjenne insolvensbehandling, altså både konkurs og gjeldsforhandling,

³³ Den nordiske konkursskonvensjon § 2

³⁴ Konkursrådet

³⁵ Se over, punkt 2.2.

åpnet i EU-medlemsland. For Norges del, generelt sett, anerkjennes det ikke utenlandske insolvensbehandlinger utenfor Norden. Viser til drøftelsen over i punkt 2.2.

5 UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

5.1 Innledning

UNCITRALs modellov regulerer anerkjennelse på en annen måte enn EU-forordningen. Selv om de har samme målsetning om å oppnå enkle, effektive og like regler, gir de ulike løsninger på anerkjennelsesspørsmålet. Modelloven har ingen geografisk begrensning slik EU-forordningen har. Det eksisterer ikke mye kilder omhandlende modellovens anerkjennelsesregler, men lovens forarbeider gir en grundig oversikt over de gjeldende regler. Dette kan tyde på at det er enighet om lovens anvendelse. Det eksisterer noe rettspraksis, men dette er beskjedent med tanke på lovens rekkevidde.

Del 2, kapittel 3 i modelloven regulerer anerkjennelse av utenlandsk behandling. Reglene er delt i to viktige hovedpunkter; vilkår for anerkjennelse og virkninger av anerkjennelse. Jeg vil behandle de artikler jeg anser som de mest sentrale. I tillegg vil det bli redegjort for reglene om samarbeid mellom stater. Det vil for eksempel ikke bli omtalt noe om artikkel 18 som omhandler representantens informasjonsplikt. Artikkelen er lite behandlet i teorien, og er derfor lite sentral med tanke på anerkjennelse.

Modelloven behandler ikke de prosessuelle spørsmål ved søknad om anerkjennelse eller beslutningen om å innvilge anerkjennelse. Svar på dette må søkes i de land der insolvensbehandlingen får virkning, og av hensyn til oppgavens omfang vil det ikke bli behandlet her.

5.2 Vilkår for anerkjennelse

Bestemmelsene om vilkårene for anerkjennelse reguleres av artikkel 15 til 19. Artikkel 15 til 17 er de sentrale bestemmelsene som fremstiller hvilke vilkår som må oppfylles for at anerkjennelse av utenlandsk insolvensbehandling skal innvilges. Det særegne med UNCITRAL er at det må sendes en søknad om anerkjennelse til det land der anerkjennelse skal ha virkning. For at søknaden skal godkjennes må de vilkår som stilles i artikkel 15 til 19 være oppfylt. Dette vil behandles nærmere i de følgende punkter.

5.2.1 Artikkel 15

Anerkjennelse oppnås ved å søke om dette direkte i det land der anerkjennelse skal ha virkning. Dette reguleres av artikkel 15. Ordlyden er som følger:

1. A foreign representative may apply to the court for recognition of the foreign proceeding in which the foreign representative has been appointed.
2. An application for recognition shall be accompanied by:
 - (a) A certified copy of the decision commencing the foreign proceeding and appointing the foreign representative; or
 - (b) A certificate from the foreign court affirming the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative; or
 - (c) In the absence of evidence referred to in subparagraphs (a) and (b), any other evidence acceptable to the court of the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative.
3. An application for recognition shall also be accompanied by a statement identifying all foreign proceedings in respect of the debtor that are known to the foreign representative.
4. The court may require a translation of documents supplied in support of the application for recognition into an official language of this State.

Artikkelen oppstiller en del vilkår. Disse blir nå nærmere behandlet.

For det første må en søknad om anerkjennelse vedlegges en del dokumenter. Dette kommer klart frem av lovteksten og medfører at det må vedlegges dokumenter om den utenlandske

representantens kompetanse og dokumenter for at det eksisterer en utenlandsk behandling. Dog kan andre bevis vedlegges som dokumentasjon på dette.

Etter artikkelens punkt nr. 3 er det et vilkår at en søknad om anerkjennelse må vedlegges et dokument som redegjør for all utenlandsk behandling som debitor er involvert i. Vilkåret begrenser seg til de behandlinger som er kjent for den utenlandske representanten. I tillegg skal det informeres om mulige utenlandske insolvensbehandlinger som kan inkludere den samme debitor. Representanten skal også informere om utenlandske insolvensbehandlinger som oppstår etter at anerkjennelse er gitt. Etter artikkelens punkt nr. 4 har retten kompetanse til å kreve at noen eller alle av sakens dokumenter oversettes til det offisielle språk i det land der søknaden skal behandles.

Artikkel 15 vil praktisk sett innebære at søknad om anerkjennelse skal sendes de land der debitor har eiendeler. De vilkår som stilles etter artikkel 15 er ikke obligatoriske krav, og må derfor ikke nødvendigvis være oppfylt.

Jeg behandler først lovens 4. punkt, i og med at vilkåret fremstår som meget klart. Vilkåret er tatt med for at tidsforbruk og kostnader skal reduseres. Det er derfor nødvendig at retten enklere forstår de dokumenter som sendes inn. Dette vilkåret er også basert på at dokumentenes autensitet lettere skal fastslås. Regelen om autensitet er omhandlet under punkt 5.2.2.

Vilkåret i punkt 3 henvender seg til den utenlandske representanten. Han/hun søker på vegne av debitor, og har den samme funksjon som i EU-forordningen der det refereres til en kurator. Dokumentet som vedlegges er ikke i forhold til selve anerkjennelsen, men for å fatte en beslutning om det skal iverksettes tiltak, og eventuelt hvilke tiltak som skal settes i kraft. Dersom man er klar over de insolvensbehandlinger som pågår kan tiltakene tilpasses situasjonen og være i overensstemmelse med behandlingene. Representanten er gitt denne oppgaven på bakgrunn av dens interesser. Han/hun vil mest sannsynlig være opptatt av å

beholde de tiltak som er innvilget i påvente av en utenlandsk behandling, og kan være mindre opptatt av å samarbeide med andre insolvensbehandlinger.³⁶

For at representanten skal oppnå vilkåret om dokumentasjon, er det viktig at insolvensbehandlinger offentliggjøres. Modelloven regulerer ikke de prosessuelle spørsmål ved å sende ut offentliggjøring.³⁷ Dette er overlatt til det lokale land. Når det er flere rettsystemer som behandler slike prosesser, vil det være ulike måter å løse de på. I verste fall kan man tenke seg at det ikke blir offentliggjort. Dersom det ikke eksisterer hjemmel for å offentliggjøre søknader om anerkjennelse eller beslutning om å innvilge den, er ikke retten hindret fra å gi slik informasjon der det er bestemt at man skal følge sine egne regler. Dersom det ikke foreligger slikt krav, er det ingenting i modelloven som vil påkrevne dette.

5.2.2 Artikkel 16

For at anerkjennelse skal innvilges, antar retten at de dokumenter som sendes inn vedlagt søknaden er autentiske. Artikkel 16 regulerer dette forholdet. Ordlyden er som følger:

1. If the decision or certificate referred to in paragraph 2 of article 15 indicates that the foreign proceeding is a proceeding within the meaning of subparagraph (a) of article 2 and that the foreign representative is a person or body within the meaning of subparagraph (d) of article 2, the court is entitled to so presume.
2. The court is entitled to presume that documents submitted in support of the application for recognition are authentic, whether or not they have been legalized.
3. In the absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor's main interests.

Regel om autensitet har sin bakgrunn i at prosesser for å bevise autensitet kan være omfattende og tidkrevende. Det er derfor enklere å gå ut fra at dokumentene er ekte. Dersom det ikke foreligger bevis for at dokumentene er autentiske, kan domstolen avvise

³⁶ UNCITRAL part two, punkt 117 flg.

³⁷ UNCITRAL part two, punkt 121

dokumentene. Dersom domstolen allikevel vil ha dette bekreftet, er det mulig etter artikkel 16. Domstolen gis derfor en fleksibel løsning. På den ene siden kan retten avvise dokumenter basert på at det ikke foreligger bevis på dets autensitet, og på den andre side kan retten selv innlede prosesser for å forsikre seg om at dokumentene ikke er forfalsket.

Antagelsen om autensitet gjelder uansett om dokumentene har blitt bekreftet ekte. Denne presiseringen er gjort for at en kostbar, tidkrevende og omfattende prosess skal unngås. Dette er vanligvis en formalitet som gjøres i enkelte land, men som modelloven har forenklet ved å vedta denne presiseringen. De landene som krever at dokumentene skal bekreftes ekte, er ved denne bestemmelsen ikke lenger pliktig til å gjennomføre dette kravet der det ikke fremstår som klart at dokumentasjonen vedlag søknaden ikke er autentisk.³⁸

Et problem kan oppstå dersom man er i tvil om dokumentene som sendes inn er autentiske. Etter modelloven skal det som nevnt antas at dokumenter som sendes inn er autentiske. Det stilles derfor ikke noe krav til at dette skal ytterligere dokumenteres. Dersom domstolen hevder at dokumentene ikke er autentiske, kan de etter artikkel 16 avvise dokumenter.³⁹

Dersom anerkjennelse avvises, kan dette forebygges ved å ta i betraktning andre bevis. Dette gjelder dog kun dersom avvisningsgrunnen er en mindre feil som anses som urimelig. Selv om retten kan utvide beviskravet, forhindrer det ikke at de kan kreve at nødvendige bevis skal fremstilles for retten.

Om skyldnerens hovedsete, eller center of main interest, er behandlet i det følgende punkt 5.2.3.

³⁸ Fletcher side 460 flg.

³⁹ UNCITRAL part two, punkt 114

5.2.3 Artikkel 17

De foregående artikler tar for seg generelle formelle krav vedrørende søknad om anerkjennelse. De vilkår som må være oppfylt for at søknaden skal innvilges, reguleres av artikkel 17. Ordlyden i artikkelen er som følger:

1. Subject to article 6, a foreign proceeding shall be recognized if:
 - (a) The foreign proceeding is a proceeding within the meaning of subparagraph (a) of article 2;
 - (b) The foreign representative applying for recognition is a person or body within the meaning of subparagraph (d) of article 2;
 - (c) The application meets the requirements of paragraph 2 of article 15; and
 - (d) The application has been submitted to the court referred to in article 4.
2. The foreign proceeding shall be recognized:
 - (a) As a foreign main proceeding if it is taking place in the State where the debtor has the centre of its main interests; or
 - (b) As a foreign non-main proceeding if the debtor has an establishment within the meaning of subparagraph (f) of article 2 in the foreign State.
3. An application for recognition of a foreign proceeding shall be decided upon at the earliest possible time.
4. The provisions of articles 15, 16, 17 and 18 do not prevent modification or termination of recognition if it is shown that the grounds for granting it were fully or partially lacking or have ceased to exist.

De fire vilkår som følger av lovteksten må være oppfylt for at anerkjennelse skal innvilges. Kravene retter seg mot behandlingens egenart, den utenlandske representantens kompetanse, formelle krav til søknaden, og hvor søknaden skal sendes. Artikkelen henvender seg derfor både til søkeren og domstolene. Bestemmelsen innebærer en obligatorisk plikt til å anerkjenne dersom det er slik at alle vilkår er oppfylt og at anerkjennelse ikke strider mot ordre public, altså grunnleggende prinsipper.

UNCITRAL modelloven skiller mellom to typer anerkjennelse. På den ene side har man anerkjennelse av en hovedbehandling der debitor har sin hovedforretning. Forarbeidene til modelloven utdyper ikke hva som ligger i uttrykket hovedforretning, eller center of main interest. Av juridisk teori kan man forstå det slik at kriteriet om center of main interest ikke

er definert fordi det skal gi rom for skjønn i den enkelte sak.⁴⁰ Denne løsningen har modelloven hentet fra EU-forordningen. Det gis derimot både i modelloven og forordningen en definisjon på hvor center of main interest skal være. Debtors registrerte hovedkontor, eller bosted, skal antas å være der debitor har sitt hovedforretningssted, og er grunnlag for hvor hovedbehandling skal åpnes. Det følger av artikkel 16. 3. Dette gjelder med mindre det motsatte er bevist. På den andre side har man anerkjennelse av en ikke-hovedbehandling der kriteriet for at det skal åpnes slik behandling er at debitor har en forretning, eller en filial. Definisjonen av en ikke-hovedbehandling er gitt en videre betydning i modelloven enn i forordningen. Bakgrunnen for dette er ikke behandlet i teorien.

Skillet mellom de to typer av behandlinger, hovedbehandling eller en ikke-hovedbehandling, har betydning i og med at det eksisterer et hierarki mellom dem.⁴¹ Det baserer seg på den kontakt debitor har i det aktuelle landet. Det er derfor ikke nok at debitor har eiendeler i et land for å oppnå anerkjennelse. Debitor må ha et forretningssted. Konsekvensen av de to anerkjennelsestypene er ulike med tanke på de tiltak som innvilges. Anerkjennelse av en hovedbehandling medfører at det automatisk blir satt i gang tiltak som hindrer at debtors eiendeler berøres, eller at kreditor handler på en måte som forbedrer sin posisjon og dermed reduserer dekningsadgangen til andre kreditorer. Nærmere om hva slike tiltak innebærer blir behandlet nedenfor.

Det følger av 17. 3. at anerkjennelse skal inntreffe så raskt som mulig. Dette gjelder med de begrensninger som følger av første ledd og unntaket om ordre public. I likhet med EU-forordningen har modelloven den samme bestemmelsen om at anerkjennelse kan avvises dersom det strider mot grunnleggende prinsipper. Den har også her kun en begrenset betydning, i og med at den kun skal anvendes ved særlige tilfeller.

⁴⁰ Fletcher side 458

⁴¹ Fletcher side 464

Beslutningen om å anerkjenne en insolvensbehandling kan endres med hjemmel i artikkel 17. 4. Dette kan bygges på at grunnlaget for å innvilge anerkjennelse ikke var tilstede eller var mangelfullt, at det har oppstått ny informasjon som vil kreve en ny domstolsbehandling, eller at det ikke ble tatt hensyn til de krav som foreligger av en anerkjennelsesprosess. Virkningene som kan komme ut av en slik endring kan være at anerkjennelsen avvises, eller at anerkjennelsen modifiseres. Prosessen skal behandles av åpningslandet og er derfor ikke videre regulert i modelloven.

5.2.4 Artikkel 19

Artikkel 19 regulerer de tiltak som settes i gang for å beskytte debitor og kreditor under søknadsprosessen. Ordlyden er som følger:

1. From the time of filing an application for recognition until the application is decided upon, the court may, at the request of the foreign representative, where relief is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, grant relief of a provisional nature, including:
 - (a) Staying execution against the debtor's assets;
 - (b) Entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, in order to protect and preserve the value of assets that, by their nature or because of other circumstances, are perishable, susceptible to devaluation or otherwise in jeopardy;
 - (c) Any relief mentioned in paragraph 1 (c), (d) and (g) of article 21.
2. [Insert provisions (or refer to provisions in force in the enacting State) relating to notice.]
3. Unless extended under paragraph 1 (f) of article 21, the relief granted under this article terminates when the application for recognition is decided upon.
4. The court may refuse to grant relief under this article if such relief would interfere with the administration of a foreign main proceeding.

De ulike tiltak som kan iverksettes i påvente av en beslutning om anerkjennelse av insolvensbehandling er nevnt i denne bestemmelsen. De tiltak som kan vedtas er basert på at det sendes inn en søknad om dette av den utenlandske representanten, eller en annen med samme kompetanse.

Etter bestemmelsens 1. a) kan debtors eiendeler fryses. Det kan samtidig iverksettes tiltak som skal beskytte eiendelene, og sørge for at verdien i disse ikke går tapt.

Administrasjonen eller realisasjonen av alle eiendeler, kan gis til den utenlandske representanten eller annen med slik kompetanse. I tillegg kan de tiltak som er nevnt i artikkel 21. c) d) og g) benyttes.

De tiltak som gis etter denne bestemmelsen blir avsluttet i det retten tar en beslutning angående søknaden om anerkjennelse. Dette gjelder for alle tiltakene, med mindre artikkel 21. 1. f) hjemler at tiltakene skal iverksettes når anerkjennelse har blitt innvilget. Retten kan avvise tiltak dersom det ville innebære at utenlandsk behandling ville bli berørt av dette.

Ulike land har ulike prosesser for å iverksette de tiltak som følger av artikkel 19. Det innebærer at det kan være større prosesser i enkelte land der det søkes anerkjennelse og virkninger. Større prosesser medfører at tidsrommet fra en søknad om anerkjennelse sendes inn til det foretas en avgjørelse, kan være stort. Dette gjør artikkel 19 svært sentral. Bakgrunnen for denne regel er å hindre at kollektive interesser skades i dette tidsrommet.⁴² Tiltakene etter denne bestemmelsen beskytter både debtors og kreditors interesser. Eiendelene vil beholde sin verdi til den endelige beslutningen om anerkjennelse er tatt. I det en søknad om anerkjennelse blir innvilget, vil artikkel 20 og 21 regulere de virkninger som følger av dette. Nærmere om hva tiltakene i disse bestemmelsene innebærer er omtalt nedenfor under punktene 5.3.1 og 5.3.2. I EU-forordningen er dette problemet løst ved å eliminere tidsrommet. Dette er gjort ved at anerkjennelse er automatisk, og det vil derfor automatisk iverksettes tiltak som beskytter debtors og kreditors interesser.

⁴² Fletcher side 462 flg.

5.3 Virkninger av anerkjennelse

5.3.1 Artikkel 20

Artikkel 20 er en sentral bestemmelse om anerkjennelse. De virkninger som følger av at anerkjennelse blir innvilget, er regulert i denne bestemmelsen. Ordlyden er som følger:

1. Upon recognition of a foreign proceeding that is a foreign main proceeding,
 - (a) Commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities is stayed;
 - (b) Execution against the debtor's assets is stayed; and
 - (c) The right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor is suspended.
2. The scope, and the modification or termination, of the stay and suspension referred to in paragraph 1 of this article are subject to [refer to any provisions of law of the enacting State relating to insolvency that apply to exceptions, limitations, modifications or termination in respect of the stay and suspension referred to in paragraph 1 of this article].
3. Paragraph 1 (a) of this article does not affect the right to commence individual actions or proceedings to the extent necessary to preserve a claim against the debtor.
4. Paragraph 1 of this article does not affect the right to request the commencement of a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] or the right to file claims in such a proceeding.

Artikkel 20 har begrenset betydning, og gjelder kun ovenfor hovedbehandlinger.

Virkninger av behandlinger som ikke er hovedbehandlinger, er behandlet i artikkel 21 og omtalt nedenfor under punkt 5.3.2.

I det øyeblikk anerkjennelse av en hovedbehandling blir innvilget, vil det inntre automatiske virkninger i det land der anerkjennelsen er oppnådd. Det kreves ingen ytterligere behandling for at virkningene blir iverksatt.

Det er 3 virkninger som følger av anerkjennelse:

- 1) Debitor blir avskåret fra å forvalte sine eiendeler, rettigheter og plikter. Dette innebærer at debitor ikke kan inngå avtaler eller på noen måte binde seg rettslig.

Denne virkningen hindrer blant annet at debitor øker omfanget av kreditorer og dermed hefter for mer gjeld.

- 2) Debitors eiendeler hindres fra å bli gjenstand for kreditorsvik. Dette medfører at kreditorer ikke har mulighet til å prøve å søke urettmessig dekning i debitors eiendeler, og dermed få dekket sitt krav på bekostning av andre kreditorer.
- 3) Debitor mister sin adgang til å overføre eller kvitte seg med eiendeler. Denne virkningen hindrer debitorsvik. Debitor har dermed ikke mulighet til å unnta noen av eiendelene fra boet, på bekostning av kreditorene.

Disse virkningene er standardiserte virkninger som inntreffer automatisk. Individuelle kreditorer kan ikke utføre handlinger mot debitor, debitors eiendeler blir fryst og debitors rett til å forvalte egen formue stoppes. Disse virkninger blir iverksatt så snart anerkjennelse av hovedbehandling innvilges, eller når retten må beslutte at det skal innvilges midlertidige tiltak. Slike midlertidige tiltak gis på bakgrunn av at det kan oppstå et problematisk tidsrom i tiden mellom en søknad om anerkjennelse sendes til domstolen, til det foretas en avgjørelse om innvilgelse av anerkjennelse. Tiltakene sørger for at tiden ”fryses” inntil de riktige tiltakene kan settes i gang. Det er særlig nødvendig at all form for transaksjon stanses, i og med at det er enkelt for en multinasjonal debitor å flytte penger og eiendeler raskt over grenser og skape boforringelse.⁴³ Dersom dette ikke hindres, vil boet kunne bli sterkt redusert og kreditorer kan risikere at de ikke får full dekning for sine krav, i verste fall kan det bli slik at de ikke får dekning.

Det tiltak som følger av artikkel 1. a) hindrer ikke at det kan iverksettes handlinger for å beskytte kreditors adgang til å rette sitt krav mot debitor. Dette følger av bestemmelsens punkt 3. Hensikten er å hindre at kreditors krav går tapt på grunn av tiltak som beskytter debitors eiendeler. I tillegg hindrer ikke tiltak som ilegges automatisk på bakgrunn av at det er en hovedbehandling, at en kvalifisert part kan søke om at det skal startes en

⁴³ UNCITRAL part two punkt 32

insolvensbehandling under lokal rett av det land som anerkjenner insolvensbehandlingen. Det samme gjelder å gjøre gjeldende krav i en slik behandling.

Mens EU-forordningen tillater at virkningene baserer seg på den rett som åpningslandet har, og får tilsvarende virkninger i andre land, bygger modelloven på prinsippet om at det er de land som anerkjenner den utenlandske behandling som utøver sin lokale rett på de virkninger det får i det lokale landet. Lex concursus er den lokale rett. Det land som anerkjenner en utenlandsk behandling kan legge til de unntak eller begrensninger de ønsker til de tiltak de innvilger. Dette følger av bestemmelsens punkt 2. Anerkjennelse i henhold til modelloven innebærer altså ikke at man importerer virkninger fra andre lands rettsystemer. Dersom det viser seg at resultatene av virkningene er i strid med en parts interesse, vil man kunne beskytte de interessene ved å gå til anerkjennelseslandets rett. Den vil da sørge for at nødvendige tiltak blir satt i gang.⁴⁴ Åpningslandets lex concursus vil da ikke ha anvendelse i dette tilfellet.

De unntak som gjelder for de virkninger som gis, reguleres av lokal rett i det land der anerkjennelse innvilges. Andre unntak som kan gjøre seg gjeldende, vil for eksempel være å sørge for at kreditors krav blir gjennomført og at debitor gjør det som normalt må til for å drive en forretning, eller at transaksjoner blir gjort i fullstendig åpenhet.

Konsekvensene av de automatiske tiltakene skal behandles av den lokale rett. Endring eller avslutning av tiltak, eller unntak og betingelser er regulert av det land der anerkjennelse søkes.⁴⁵ Dette følger av forarbeidene og juridisk teori. Dersom retten ønsker å endre eller avslutte virkninger, er det fullt mulig å lage individuelle unntak. Parter kan i noen land søke om endringer de måtte anse som viktige, men dette beror på rettsystemet der det måtte gjelde. Dette er i samsvar med prinsippet om at domstoler ikke har kompetanse til å tilsidesette en søknad om å endre en lovfestet regel. Dersom retten gis slik kompetanse, vil noen rettsystemer normalt kunne kreve å binde vilkår til hvor vidt retten

⁴⁴ UNCITRAL part two, punkt 143

⁴⁵ UNCITRAL part two, punkt 33 og Fletcher side 465

kan endre eller avslutte obligatoriske virkninger av anerkjennelsen. Det er også positivt dersom personer som berøres av virkninger blir hørt av retten, slik at den riktige avgjørelse kan bli tatt.

Modelloven behandler ikke mulige sanksjoner som kan ilegges for handlinger som karakteriseres som motstand mot de virkninger som følger av denne artikkel. De handlinger som kan innebære motstand mot virkninger, kan for eksempel være at debitors eiendeler blir forsøkt overdratt eller at kreditor prøver å få en fordel som reduserer boets verdi. Hvilke sanksjoner som kan gis, reguleres med det lokale rettsystem. Man kan tenke seg både bøter, omstøtelse og andre sanksjoner. I beste fall kan den motstand mot virkningene ikke medføre rettslig bindende handlinger, eller at de kan være mulig å sette til side gjennom omstøtelse. For kreditors vegne vil sanksjonene forhåpentligvis innebære at eiendeler som urettmessig er overført av debitor, får tilbake sin opprinnelige verdi, og dermed tilsidesette overføringen.

Modelloven regulerer ikke de spesifikke detaljene vedrørende omstøtelse, men er hjemlet i artikkel 20. Dette medfører at det er opp til den lokale rett å anvende sine omstøtelsesregler på de disposisjoner som er kreditorskadelige eller boforringende. Dersom Norge skulle sluttet seg til modelloven ville det innebære at det var de norske omstøtelsesregler som ville få anvendelse på de eiendeler som skulle tjent til dekning i Norge. Etter norske regler kan omstøtelse skje med hjemmel i dekningsloven kapittel 5. De objektive omstøtelsesregler skal tilbakeføre midler som kan være kreditorskadelige. Dette er for eksempel gaver, betaling av gjeld, motregning, pant for eldre gjeld og utlegg. Boet kan tilbakeføres den annen parts berikelse. Den subjektive omstøtelsesregel § 5 – 9 sanksjoner kreditorskadelige disposisjoner som har medført tap og er bundet opp til subjektiv skyld. Boet vil ved omstøtelse få erstattet det tap de lider.

I og med at modelloven ikke behandler omstøtelse, og lar dette være opp til det enkelte lands rett å regulere dette, eksisterer det ikke spesifikke regler om blant annet fristdagen for å omstøte en disposisjon som enten er boforringende eller kreditorskadelig. Etter norsk rett

er fristdagen den dag da begjæring om konkurs kommer inn til retten. Dette følger av dekningsloven § 1 – 2 første ledd. For disposisjoner som er avhengig av tinglysning eller annen sikringsakt, er ikke fristdagen før dette er iverksatt (dekningsloven § 5 – 10). Fristen for omstøtelse er ulik i forhold til de objektive og subjektive reglene. For de objektive gaver gjelder omstøtelsesfristen senere enn ett år før fristdagen. Dette følger av § 5 – 2. For de subjektive omstøtelsene jf. § 5 – 9 er omstøtelsesfristen senere enn 10 år før fristdagen. Dette innebærer at den subjektive regelen er vesentlig videre enn den objektive gaveregelen.

5.3.2 Artikkel 21

Bestemmelsen over gjaldt kun de virkninger en hovedbehandling har. Artikkel 21 omhandler virkninger både for hovedbehandling og behandlinger som ikke er kvalifisert som hovedbehandling. Denne artikkel må ses i sammenheng med artikkel 22 som regulerer de tilfeller der retten kan sette betingelser til de tiltak som innvilges. Ordlyden er som følger:

1. Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief, including:

- (a) Staying the commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities, to the extent they have not been stayed under paragraph 1 (a) of article 20;
- (b) Staying execution against the debtor's assets to the extent it has not been stayed under paragraph 1 (b) of article 20;
- (c) Suspending the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor to the extent this right has not been suspended under paragraph 1 (c) of article 20;
- (d) Providing for the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery of information concerning the debtor's assets, affairs, rights, obligations or liabilities;
- (e) Entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court;
- (f) Extending relief granted under paragraph 1 of article 19;
- (g) Granting any additional relief that may be available to [insert the title of a person or

body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] under the laws of this State.

2. Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in this State are adequately protected.

3. In granting relief under this article to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.

Bestemmelsen redegjør for 7 ulike tiltak som kan iverksettes. Det første tiltaket utvider adgangen til å fryse forvaltningen av debtors eiendeler utover bestemmelsen i artikkel 20. Adgangen til å utvide virkningen i artikkel 20 om kreditorsvik, kan gjøres med hjemmel i denne bestemmelsen slik at også ikke-hovedbehandlinger er beskyttet mot dette. I tillegg kan det iversettes tiltak som hindrer debitor fra å unndra eiendeler fra å tjene til dekning, sørger for at bevis, vitneutsagn og informasjon om debtors situasjon blir brakt til rette, gir den utenlandske representanten (eller en annen, oppnevnt av retten) ansvaret for administrasjonen av debtors eiendeler, utvider tiltak som er gitt etter artikkel 19, paragraf 1, som omhandler de tiltak som gjøres i påvente av at søknad om anerkjennelse skal behandles, samt hjemler bestemmelsen ytterligere tiltak som kan gis i henhold til lokal rett.

Tiltak a) til c) koordinerer med artikkel 20. De får dermed automatisk virkning for en hovedbehandling. Dersom en ikke-hovedbehandling skal oppnå de samme virkningene, må det søkes om dette til retten. De øvrige virkninger, d) til g) må det søkes om uansett hvilken behandling det dreier seg om. Tiltak e) hjemler adgangen til å administrere debtors eiendeler. Dette er ikke det samme som at man samler og overtar eiendeler. Derimot er det en søknad om å forene administrasjoner i ulike land der det befinner seg eiendeler over to eller flere land. Dette gjelder både hoved- og ikke hovedbehandlinger. Retten må da godta at eiendeler blir administrert i et land som ikke er gjenstand for en hovedbehandling, og at nødvendig informasjon innhentes.⁴⁶

⁴⁶ Fletcher side 467 flg.

Tiltaket i punkt 2. er gitt som presisering av bestemmelsens punkt 1. e). Denne hjemler adgangen til å overlate administrasjonen eller realisasjonen av debtors eiendeler over til den utenlandske representanten eller noen i samme posisjon. Dette er gjort for ytterligere å sørge for å beskytte kreditorene og deres interesser. Modelloven har gjennom artikkel 22 sørget for at kreditorenes interesser skal beskyttes til det maksimale, gjennom tiltak som sørger for dette. På bakgrunn av oppgavens omfang vil dette ikke bli nærmere behandlet.

Punkt 3. i artikkel 21 presiserer at man må ta i betraktning om den utenlandske representanten representerer en hovedbehandling eller en ikke – hovedbehandling. Dette er et viktig skille når man skal avgjøre hvilke tiltak som skal innvilges, i og med at en hovedbehandling vil ha atskillig større rekkevidde enn en behandling som ikke er karakterisert som hovedbehandling. Ved å ha dette i minne ved avgjørelsen om iverksettelse av tiltak, vil man kunne sørge for at representanter for ikke – hovedbehandling kun får ansvar for lokale eiendeler og at den informasjonen representanten søker angående eiendeler i denne behandlingen er i samsvar med den lokale begrensningen. Bakgrunnen for presiseringen er å sørge for at den ikke kommer i konflikt med en hovedbehandling.

Når det er nødvendig å beskytte debtors eiendeler eller kreditors interesser, skal retten gjøre tiltak slik at partenes interesser blir ivaretatt. Det er den lokale rett der det søkes anerkjennelse som regulerer hvilke tiltak som skal igangsettes for å beskytte disse. Den utenlandske representanten kommer med en redegjørelse for de tiltak han anser som nødvendig. Dersom det er behov for tilrettelagte tiltak, hjemler artikkel 21 også dette. Dette kan for eksempel være at det gis tilgang til informasjon om debtors eiendeler, oppnevning av en person som skal administrere deler av eller alle eiendelene, eller andre tiltak som kan være tilgjengelige i det land der søknaden innvilges. Det er også mulighet for å få umiddelbare tiltak gjennom en søknad, dersom dette anses som nødvendig.⁴⁷ Retten har mulighet til å avvise de handlinger de anser som unødvendige eller upassende. Den kan

⁴⁷ UNCITRAL part two punkt 43

benytte alle alternative handlinger modelloven tilbyr fullt ut, og kan også benytte tiltak som den lokale rett tilbyr. Dette innebærer at man får skreddersydd det tiltak som er nødvendige i lys av den enkelte sak. Domstolen får kompetanse til å foreta en skjønnsvurdering, der de kan anvende de tiltak som gir best beskyttelse av debitor og kreditor.

5.3.3 Artikkel 25 til 27

Det følger av artikkel 25 til 27 at det skal samarbeides mellom utenlandske domstoler og utenlandske kuratorer. Ordlyden i bestemmelsene er som følger:

Article 25. Cooperation and direct communication between a court of this State and foreign courts or foreign representatives

1. In matters referred to in article 1, the court shall cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives, either directly or through a [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State].
2. The court is entitled to communicate directly with, or to request information or assistance directly from, foreign courts or foreign representatives.

Article 26. Cooperation and direct communication between the [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] and foreign courts or foreign representatives

1. In matters referred to in article 1, a [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] shall, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives.
2. The [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] is entitled, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, to communicate directly with foreign courts or foreign representatives.

Article 27. Forms of cooperation

Cooperation referred to in articles 25 and 26 may be implemented by any appropriate means, including:

- (a) Appointment of a person or body to act at the direction of the court;
- (b) Communication of information by any means considered appropriate by the court;
- (c) Coordination of the administration and supervision of the debtor's assets and affairs;
- (d) Approval or implementation by courts of agreements concerning the coordination of

proceedings;

(e) Coordination of concurrent proceedings regarding the same debtor;

(f) [The enacting State may wish to list additional forms or examples of cooperation].

Av ordlyden i artikkel 25 kommer det frem at det skal være samarbeid og direkte kommunikasjon mellom utenlandske domstoler. Dette samarbeidet skal være av høy prioritet. Det er derfor en plikt til å utnytte dette samarbeidet til det fulle. Dette skal gjennomføres direkte, eller gjennom en kurator. Det innebærer at informasjon deles direkte mellom de ulike landene, det samarbeides om flere insolvensbehandlinger på samme debitor, koordinasjon av administrasjonen og overvåkning av debtors eiendeler og forretninger. Ytterligere virkninger kan også ilegges dersom det er behov for dette.⁴⁸

Ved å samarbeide direkte unngår man at det forsvinner verdifull tid ved å kommunisere på andre måter. Det innebærer også at tiltak som er nødvendig å iverksette med en gang, ikke blir utsatt på grunn av unødvendig papirarbeid. De samarbeidsmåtene som er gitt i artikkel 27, er til for å gi land som ikke har et slikt system, mulighet til å effektivisere behandlingen på tvers av landegrensene.

Av artikkel 26 kommer det frem at samarbeide skal utnyttes maksimalt. Den utenlandske representanten gis tilgang til direkte kommunikasjon mellom domstolene og representantene i utlandet. Man vil ved denne bestemmelsen også effektivisere insolvensbehandlingen, og sørge for at det ikke skal oppstå problemer som følge av at det ikke er god nok kommunikasjon mellom de ulike representantene og domstolene.

Artikkel 27 refererer til ulike samarbeidsformer. Denne bestemmelsen er gitt av hensyn til land som har liten praksis med å samarbeide, slik at de skal få muligheter til å utvide denne kommunikasjonen. Også land med snever erfaring med denne formen for samarbeid vil nå kunne utvide dette. Reglene er ment å være enkle, slik at tunge prosesser ikke skal hindre

⁴⁸ UNCITRAL, part two, V, punkt 179 flg.

ønsket om å samarbeide. Ytterlige samarbeidsformer kan også benyttes, jf. bestemmelsens punkt f).

6 Sammenligning mellom EU-forordningen, den nordiske konkurskonvensjon og UNCITRAL modellov

6.1 Innledning

EU-forordningen baserer seg på å være en avtale mellom landene i EU. Forordningen har derfor lagt vekt på å tilpasse reglene slik at det er mulig for de europeiske landene å følge dem. Den nordiske konkurskonvensjon er en konvensjon mellom de nordiske landene. Den er derfor veldig begrenset, og reglene er tilpasset den nordiske konkurspraksisen.

Modelloven er i likhet med forordningen en internasjonal avtale som har utformet sine regler slik at de kan anvendes av ulike land med ulik insolvensbehandlingspraksis. Den har ingen begrensning i rekkevidde slik EU-forordningen og den nordiske konkurskonvensjonen har. I prinsippet kan UNCITRAL anvendes i hele verden, mens EU-forordningen begrenser seg til medlemslandene i EU, og den nordiske konkurskonvensjonen begrenser seg til de nordiske landene.

De 3 lovverkene skiller seg fra hverandre blant annet når det gjelder vilkår for anerkjennelse, og virkninger av at anerkjennelse blir gitt. Dette skal nå nærmere behandles.

6.2 Vilkår for anerkjennelse

6.2.1 EU – rådets forordning om insolvensbehandling

I EU-forordningen stilles det krav for at anerkjennelse skal gis. De kravene må være oppfylt for at forordningens insolvensbehandlingsregler får anvendelse. For det første må den behandling som er påbegynt være en behandling som er nevnt i forordningens bilag A.

Dette vil for Norges del, som nevnt over, innebære konkurs og gjeldsforhandling. For det andre må det være oppnevnt en representant som skal administrere bobehandlingen. Denne representanten må være omfattet av bilag C, som vil være en kurator eller en bostyrer. Det siste vilkår er at det er tatt en beslutning om å åpne insolvensbehandling. Hva som ligger i dette vilkåret er behandlet under punkt 3.2.2 B). Dersom disse tre vilkår er oppfylt, vil anerkjennelse bli gitt. Anerkjennelse er obligatorisk dersom vilkårene er innfridd. Det innebærer at avvisning ikke kan skje, med mindre det følger av forordningens unntaksregel i artikkel 26 om ordre public.⁴⁹ Denne unntaksregel kan anvendes dersom anerkjennelse vil stride mot de lokale rettsprinsipper. Regelen har et snevert anvendelsesområde og vil kun anvendes i tilfeller der det står som klart at anerkjennelse vil gå i mot et lands grunnleggende prinsipper. Virkningene av at anerkjennelse innvilges blir behandlet under i punkt 6.3.

6.2.2 Den nordiske konkurskonvensjon

I den nordiske konkurskonvensjon er vilkåret for anerkjennelse i de øvrige nordiske land, at det er åpnet en konkursbehandling i et nordisk land. De vilkår som stilles for at konkursbehandling skal åpnes, er ikke regulert av konvensjonen. Det er derfor opp til rettssystemet i de enkelte nordiske landene å oppstille de vilkår som skal til for å åpne konkurs. For Norges del vil det være de norske konkursrettslige regler som kommer til anvendelse. Anerkjennelse i Norden er i likhet med EU-forordningen, obligatorisk. Anerkjennelse av insolvensbehandling utenfor Norden, er ikke behandlet i den nordiske konkurskonvensjonen. Det vil derfor bero på det enkelte lands rettsregler om dette kan anerkjennes. For Norges del anerkjennes ikke utenlandske insolvensbehandlinger, med mindre det er inngått avtaler om dette. Virkningene av at de nordiske landene anerkjenner konkursbehandlinger åpnet i Norden behandles nedenfor.

⁴⁹ Se over i punkt 3.6 om artikkel 26

6.2.3 UNCITRAL Model Law on Cross – Border Insolvency

De to regelsett over baserer seg på obligatorisk anerkjennelse. UNCITRAL har en annen løsning. I følge UNCITRAL må det søkes om anerkjennelse i de enkelte land der det ønskes dette. For at en søknad skal innvilges stilles det 4 krav. For det første må den behandling som ligger til grunn, ligge innenfor artikkel 2 a). For det andre må representanten som søker om anerkjennelse omfattes av artikkel 2 d). For det tredje må de krav som tilles i artikkel 15 være tilfredsstillt. Dette er i forhold til dokumentasjon av debtors andre behandlinger, og dokumentenes autensitet. Det siste vilkåret er at søknaden må være sendt riktig domstol. Dersom alle vilkårene er oppfylt skal anerkjennelse gis. Det kan derimot være en lang prosess fra søknad sendes, til søknad innvilges. I dette tilfelle kan det settes i gang tiltak som beskytter debtors og kreditors interesser i påvente av en beslutning. Slike tiltak er viktige, og et særpreg i modelloven. Det er også et av de punktene som skiller seg vesentlig fra EU-forordningen og den nordiske konkurskonvensjonen, i og med at i disse to regelsettene er anerkjennelsen automatisk, og det er ikke behov for ytterligere tiltak. Virkningen av at anerkjennelse innvilges i modelloven er i likhet med de to andre regelsettene, behandlet i neste punkt.

6.3 Virkninger av anerkjennelse

6.3.1 EU – rådets forordning om insolvensbehandling

Av EU-forordningen er det to virkninger som følger av anerkjennelse av insolvensbehandling. Dette er hindringsvirkning og beslagsvirkning. Hindringsvirkning medfører at ingen andre insolvensbehandlinger blir åpnet på lik linje med den allerede åpnete insolvensbehandlingen. Beslagsvirkning innebærer at boet kan ta beslag i skyldnerens eiendeler som befinner seg innenfor EU-forordningens medlemsland.

Beslagsvirkning er basert på universalitetsprinsippet, som er et av EU – forordningens særpreg. Prinsippet innebærer at anerkjennelse skal skje fullt ut, og eiendeler som befinner seg innenfor de land som har vedtatt konvensjonen, skal omfattes av det utenlandske boet. Dette viser seg spesielt ved universalitetsprinsippets utvidende modell. Denne modellen

innebærer at hovedåpningslandets lov får anvendelse i andre land. Lex fori concursus er åpningslandets rett. Eksempelvis kan man tenke seg en insolvensbehandling i Sverige, der den svenske skyldneren har aktiva i andre medlemsland. Samtlige medlemsland skal anerkjenne den svenske insolvensbehandlingen. Den utvidende modellen innebærer at det er den svenske rett som skal anvendes på de aktiva som befinner seg i de andre medlemslandene. Dette kan innebære at aktiva som ikke ville falt under et bo i et annet medlemsland, vil omfattes av boet etter svensk rett. Slike forskjeller er akseptert, med unntak av regelen om ordre public, som svært sjelden får anvendelse. Unntaksregelen ordre public er basert på prinsippet om at anerkjennelse ikke skal skje i strid med grunnleggende rettsprinsipper. For at anerkjennelsens virkninger skal gå i mot dette, må det fremstå som klart at dette vil gå i mot et lands prinsipper.

6.3.2 Den nordiske konkurskonvensjon

Virkninger i den nordiske konkurskonvensjonen baserer seg i likhet med EU-forordningen, på universalitetsprinsippet. Det innebærer som tidligere nevnt, at anerkjennelse skal skje fullt ut, og lokale eiendeler skal omfattes av et utenlandsk bo. Virkninger av anerkjennelse innenfor den nordiske konkurskonvensjon innebærer at boet kan ta beslag på de eiendeler som etter åpningslandets rett, skal tjene til dekning for kreditorene. Konkurskonvensjonen baserer seg på prinsippet om lex fori concursus, i likhet med EU – forordningen. Det er åpningslandets rett som ligger til grunn ved anerkjennelse av konkurs. Virkningene av anerkjennelse, er derfor ikke detaljert regulert i konvensjonen. Det er opp til åpningslandets lov å avgjøre hvilke virkninger konkurs vil få. Ett unntak fra dette er ved realisasjon av de eiendeler som tilhører boet. Det vil da være det land der eiendelene befinner seg som regulerer hvordan fremgangsmåten skal være. Den nordiske konkurskonvensjon er derfor todelt. Den baserer seg på universalitetsprinsippet når det gjelder hvilke eiendeler som omfattes, men territorialprinsippet får anvendelse når det gjelder realisasjon av disse.

Konvensjonen bestemmelser og juridisk teori har ikke behandlet noe om hvorvidt det eksisterer en unntaksregel om ”ordre public” slik som i EU – forordningen og (som det kommer frem av neste punkt) i modelloven. Man kan derfor anta at konvensjonen ikke

hjemler unntaksregelen om avvisning på bakgrunn av grunnleggende rettsprinsipper. Bakgrunnen for dette kan være at de nordiske konkursreglene i stor grad er like, og basert på de samme prinsippene. Behovet for en slik regel vil derfor ikke være av slik grad som det er i EU – forordningen og i modelloven, som forener ulike rettssystemer som har sin grunnlag i forskjellige rettsprinsipper. Det eneste grunnlaget for avvisning av anerkjennelse som følger av konvensjonen, er i forhold til debtors bopel. Dersom konkursåpning er basert på at debtors hovedsete ikke er i et nordisk land, vil konvensjonen ikke få anvendelse, og de virkninger som følger av anerkjennelse vil ikke få betydning. Dette følger av konvensjonens artikkel 13.

6.3.3 UNCITRAL Model Law on Cross – Border Insolvency

UNCITRAL skiller seg vesentlig fra EU – forordningen og den nordiske konkurskonvensjonen. I forordningen og konvensjonen er virkningene av anerkjennelse basert på åpningslandets lovgivning. Virkninger som følger av anerkjennelse i modelloven er grundig regulert i modelloven, med oversiktlige og omfattende bestemmelser. Et særpreg i modelloven er at loven skiller mellom virkninger av hovedbehandling og ikke-hovedbehandling i henholdsvis artikkel 20 og 21, og legger derfor mye i betydningen av debtors center of main interest.

Etter artikkel 20, kan boet fryse forvaltningen av debtors eiendeler og hindre at kreditor gjør tiltak som medfører en fordel på andre kreditors vegne, samt hindre at debitor unndrar eiendeler fra boet. Dette er automatiske virkninger som trer i kraft når anerkjennelse innvilges. Ved å anvende disse virkninger forhindrer man at boet blir svekket av at det gjøres tiltak av partene for å bedre sin posisjon. Artikkel 20 medvirker således til at likebehandlingsprinsippet blir ivaretatt.

Artikkel 21 gjelder virkninger både for hovedbehandlinger og ikke-hovedbehandlinger. Artikkelen medfører at ikke-hovedbehandlinger også kan få tilgang på de virkninger som følger av artikkel 20. For at disse tiltak skal innvilges, må det søkes spesielt om de virkninger som er ønskelig. I tillegg til å søke om virkninger som er automatiske for

hovedbehandlinger, gis det adgang til å søke om at det blir gjort tiltak for å sørge for at bevis, vitneutsagn og informasjon om debtors situasjon, eller at den utenlandske representanten (eller en annen oppnevnt av retten), kan få ansvaret for administrasjonen av debtors eiendeler. Det kan også innvilges utvidede tiltak som er gitt etter artikkel 19. 1. Dette innebærer at de tiltak som gjøres i påvente av at en søknad om anerkjennelse skal behandles, kan videreføres til etter at anerkjennelse er innvilget. I tillegg kan ytterligere tiltak gis i henhold til lokal rett. Det er opp til den domstol som anerkjenner insolvensbehandlingen, å behandle søknaden om eventuelle virkninger. Hvilke virkninger anerkjennelse får, beror derfor på domstolsbehandlingen i det land som anerkjenner insolvensbehandling. Retten kan i tillegg betinge, begrense eller legge til virkninger dersom det anses som nødvendig og lokal rett hjemler dette.

Modelloven baserer seg på territorialprinsippet. Et prinsipp som innebærer at det åpnes lokale insolvensbehandlinger der lokale regler skal gjelde, og de lokale eiendeler som den utenlandske skyldneren har, omfattes av det lokale boet. Med dette systemet får man ingen utvidende modell slik EU-forordningen og den nordiske konvensjonen har.

Territorialprinsippet har det utfallet at eiendeler som skyldneren har i land x, selv om han har sitt hovedsete i land y, vil omfattes av et bo i land x. Det må søkes om anerkjennelse i land x, og det er land x som beslutter hvilke virkninger som skal gis, i henhold til artikkel 20 og 21. Kreditorer blir henvist til land x.

UNCITRAL har ikke den samme styrke av *lex concursus* når det gjelder virkninger, i den betydning at *lex concursus* er den lokal rett, som EU-forordningen og den nordiske konkurskonvensjonen har i forhold til åpningslandets *lex concursus*. Dette kommer av at de virkninger som følger av anerkjennelse av insolvensbehandling, i stor grad er regulert av modelloven. Selv om det åpnes for å anvende lokal rett for å tilføye virkninger som vil være av nytte, baserer modelloven seg på å hjemle spesifikke tiltak. Dette er for å sørge for at nasjonale ulikheter ikke innebærer vesentlige forskjeller i insolvensbehandlingen.

7 Fordeler og ulemper for norsk rett å gå over til UNCITRAL eller EU – forordningen

7.1 Innledning

Dersom Norge skal gå over til regler lik de i modelloven eller forordningen, må man ta stilling til hvilke fordeler og ulemper dette kan medføre. Norge har lang konkurspraksis, og rettspraksis tilsier at tolkningsproblemene angående anerkjennelse av konkurs i Norge, ikke er til stede. Det foreligger en bred enighet om hvorledes rettstilstanden er, og det har ikke blitt stilt særlig spørsmål om Norge burde endre sine anerkjennelsesregler og bli mer lik de i EU-forordningen, eller de i UNCITRAL modelloven. I det følgende vil det bli gjort rede for ulike fordeler og ulemper for norsk rett å gå over til de insolvensrettslige regler i UNCITRAL modelloven, eller EU – forordningen.

Bang – Pedersen skrev i sin doktoravhandling betraktninger i forhold til om danskene skulle endre sin insolvensrett.⁵⁰ Noen av de tankene han kom med, kan antas å være aktuelle å ta stilling til også for Norges del.

Ved en eventuell overgang til anerkjennelsesreglene i EU – forordningen eller UNCITRAL modelloven, kan man dele de hensyn man må ivareta, i 2 kategorier. Det første vil være i forhold til om en utenlandsk skyldners norske aktiva bør inngå i en utenlandsk insolvensbehandling, en norsk insolvensbehandling eller bli unntatt fra insolvensbehandlinger generelt. Den andre kategorien er spørsmålet om hvordan norske eiendeler som er gjenstand for insolvensbehandling, skal fordeles.

For å svare på spørsmålet i den første kategorien må man ta stilling til hvilken løsning som er ønskelig. Det er derfor nødvendig å se på hvordan eiendelene bør fordeles, og deretter ta stilling til om hvilken insolvensbehandling eiendelene bør omfattes av.

⁵⁰ Bang – Pedersen side 342

7.2 Fordelingen av skyldnerens eiendeler

Norsk rett baserer seg på prinsippet om at lokal rett skal anvendes på lokale eiendeler ved en insolvensbehandling. Dette er også prinsippet i modelloven. EU – forordningen har derimot den motsatte løsning. I henhold til den, skal norske eiendeler som tilhører en utenlandsk skyldner, fordeles etter loven i skyldnerens hjemland.

Anerkjennelsesreglene i EU-forordningen er derfor meget forskjellig fra de norske anerkjennelsesregler. I Norge har vi ingen regel som tilsvarer artikkel 16 i forordningen. Den generelle norske regel er at man ikke anerkjenner utenlandske insolvensbehandlinger. Utenlandske eiendeler i Norge vil ikke omfattes av et utenlandsk bo. Det innebærer at Norge gjør krav på alle eiendeler som ligger i landet. Samtidig vil norske eiendeler som befinner seg i utlandet, mest sannsynlig ikke omfattes av et norsk bo. Dersom Norge skulle gå over til en slik regel som man har i artikkel 16, ville det innebære at man ikke lenger beholder de eiendeler som befinner seg innenlands. I tillegg til dette, vil man med en slik regel la utenlandske rettsregler få anvendelse i Norge. Norske regler baserer seg på andre hensyn enn EU – forordningen. Bakgrunnen for dette er at norske regler er tilpasset Norges insolvenspraksis, og derfor også i forhold til Norges behov vedrørende fordeling av eiendeler.

Dersom Norge tilnærmer seg den utenlandske lovgivningen, kan man stille spørsmålet om man skal kreve et prinsipp om gjensidighetskrav. Dersom Norge anerkjenner utenlandsk insolvensbehandling, står det som mest riktig at den utenlandske insolvensbehandlingen anerkjenner en Norsk konkurs. Dette prinsippet er ikke gjennomført i UNCITRAL, men står som sentralt i EU – forordningen. Bang – Pedersen hevder derimot at dette prinsippet ikke på noen måte forbedrer en mulig fremtidig forhandlingsposisjon⁵¹. Det vil dog hindre økonomiske tap i en insolvensbehandling. Derimot kan grunnlaget for om det faktisk foreligger et gjensidighetsprinsipp, være vanskelig å bedømme, på bakgrunn av ulike prosesser. Han hevder derfor at et gjensidighetskrav kan stå i veien for utviklingen av et

⁵¹ Bang – Pedersen side 381 flg.

globalt anerkjennelsesprinsipp, og utteler at det ikke bør gjelde et gjensidighetskrav slik det gjør i EU – forordningen.

Bang – Pedersen konkluderer på bakgrunn av blant annet disse hensyn, at skyldnerens eiendeler bør fordeles i skyldnerens hjemland, dog med visse unntak.⁵²

7.3 Lokale insolvensbehandlinger eller anerkjennelse av åpningslandets insolvensbehandling

UNCITRALs modellov er bygget på territorialprinsippet. Dette prinsippet har den virkning at lokal lovgivning gjelder på de lokale eiendeler, og fordelingen av disse. Dette kan innebære at kreditorer som har skaffet seg fordeler gjennom ulike sikringsakter, vil få utnyttelse av dette. I følge Bang – Pedersen vil den praktiske løsningen da bli, at det åpnes lokale insolvensbehandlinger der det er hjemmel for dette.⁵³ Modelloven bygger på et tostrengt system med både anerkjennelse av insolvensbehandling og lokal insolvensbehandling. Dette kan medføre ulike virkninger av insolvensbehandlingen, og vil gå i mot de internasjonale insolvensrettslige målsetningene om forutsigbarhet. Det mest hensiktsmessige vil derfor være å bygge på ett system. Hvorvidt dette bør være territorialprinsippet eller universalitetsprinsippet er uvisst. Det sentrale er at man får en forutsigbar lovgivning. Slik modelloven er i dag, vil det være lite heldig å gå over til denne løsningen.

Andre hensyn som er sentrale, er kommet til uttrykk gjennom blant annet EU – forordningens regler om at en kurator skal administrere en insolvensbehandling. Dette er en fordel i og med at kreditorene således er forpliktet til å melde sitt krav i åpningslandet. Dette vil skape likhet mellom kreditorene.

⁵² Bang – Pedersen side 385 flg.

⁵³ Bang – Pedersen side 391

7.4 Konklusjon

Bang – Pedersen konkluderer med at EU – forordningens universalitetsprinsipp er det systemet som oppfyller verdenssamfunnets målsetning, og avspeiler grunnleggende internasjonale privatrettslige og insolvensrettslige prinsipper.⁵⁴ Det synes derfor hensiktsmessig at norsk rett tilpasser seg dette. Ved å bygge på de samme prinsipper, vil man skape forutsigbare regler som medfører at verdien av skyldnerens eiendeler maksimeres, samt at bobehandlingskostnader reduseres. For at dette skal kunne utnyttes til det fulle, er det vesentlig at lovgivningen baserer seg på likebehandling av kreditorer. Bang – Pedersen presiserer at selv om man skal bygge på de samme prinsipper, er dette ikke er det samme som at nasjonal regulering skal innholdsmessig være det samme som en utenlandsk regulering.⁵⁵

Mellqvist hevder at det ikke er utenkelig at Norge, gjennom EØS avtalen, slutter seg til EU-forordningen.⁵⁶

Det må foretas en grundig skjønnsmessig vurdering av hvorvidt Norge skal gå over til anerkjennelsesreglene lik de i EU – forordningen eller UNCITRAL modelloven. Det er derfor vanskelig å ta stilling til dette. Etter de nevnte hensyn, vil det stå som mest nærliggende at Norge går over til universalitetsprinsippet i EU – forordningen om automatisk anerkjennelse av insolvensbehandling. Om det er behov for å ta dette steget nå, er usikkert.

⁵⁴ Bang – Pedersen side 343 flg.

⁵⁵ Bang – Pedersen side 344

⁵⁶ Mellqvist side 37

8 Litteraturliste

- | | |
|-------------------|--|
| Bang-Pedersen | Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow. <i>Internasjonale aspekter af insolvens- og tingsretten</i> . 1. utg. København 2002. |
| Bogdan | Bogdan, Michael. <i>Sveriges ock EU:s internationella insolvensrätt</i> . 1. utg. Stockholm 1997 |
| EF-domstolen | Domstolens sammensetning
http://curia.europa.eu/da/instit/presentationfr/index_cje.htm |
| Fletcher | Fletcher, Ian F. <i>Insolvency private international law</i> . 2. utg. Oxford New York 2005 |
| Kokursrådet | Konkursrådets konferanse <i>Konkurs på tvers av landegrensene</i> Hotel Norge, Bergen 14.06 1996
www.konkursradet.no/nyheter/?id=96 |
| Mellqvist | Mellqvist, Mikael. <i>EU:s insolvensförordning m.m. En kommentar</i> . 1. utg. Stockholm 2002. |
| Regeringskansliet | Regeringskansliet Justisdepartementet. <i>Internationell insolvens – en diskusjonspromemoria</i> . Stockholm 2007. |
| Virgòs og Schmit | Virgòs, Miguel og Schmit, Etienne. <i>Report on the Convention of Insolvency Proceedings</i> . Brussel 1996 |

Virgòs og Garcimartin

Virgòs, Miguel og Garcimartin, Francisco. *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. 1. utg. Nederland 2004

9 Øvrige henvisninger

Lover

EU-rådets forordning nr 1346/2000 av den 29. mai 2000 om insolvensbehandling (EU – forordningen).

Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs (den nordiske konkurskonvensjon) 7. november 1933.

Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59.

Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW: Model Law on Cross – Border Insolvency with Guide to Enactment (modelloven).

Rettspraksis

Sak C – 341/04, Eurofood vs Bank of America